



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE (UFS)
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA (POSGRAP)
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PRODIR)

CLÁUDIO ROBERTO ALFREDO DE SOUSA

**OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E
SUA VINCULATIVIDADE PARA O DIREITO BRASILEIRO: A RECLAMAÇÃO
COMO INSTRUMENTO DE SUA EFETIVIDADE**

São Cristóvão, SE

2019

CLÁUDIO ROBERTO ALFREDO DE SOUSA

**OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E
SUA VINCULATIVIDADE PARA O DIREITO BRASILEIRO: A RECLAMAÇÃO
COMO INSTRUMENTO DE SUA EFETIVIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - PRODIR, da Universidade Federal de Sergipe, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em direito.

Área de Concentração: Constitucionalização do Direito.

Linha de Pesquisa: Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientadora: Professora Dr^a. Flávia Moreira Guimarães Pessoa

São Cristóvão, SE

2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

S725p Sousa, Cláudio Roberto Alfredo de
Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua vinculatividade para o direito brasileiro : a reclamação como instrumento de sua efetividade / Cláudio Roberto Alfredo de Sousa ; orientadora Flávia Moreira Guimarães Pessoa. – São Cristóvão, SE, 2019.
152 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2019.

1. Direitos humanos. 2. Tribunais internacionais. 3. Direito - Brasil. 4. Precedentes judiciais. I. Pessoa, Flávia Moreira Guimarães, orient. II. Título.

CDU 342.7:341.24(81)

CLÁUDIO ROBERTO ALFREDO DE SOUSA

**OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E
SUA VINCULATIVIDADE PARA O DIREITO BRASILEIRO: A RECLAMAÇÃO
COMO INSTRUMENTO DE SUA EFETIVIDADE**

Defesa da Dissertação do Mestrado, orientada pela Professora Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa, apresentada em 21 de fevereiro de 2019 à banca examinadora designada pelo Colégio de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa (Orientadora)

Programa de Pós-Graduação em Direito/UFS

Professor Carlos Augusto Alcântara Machado (1º Examinador)

Membro titular – Interno

Professor Doutor Saulo José Casali Bahia (2º Examinador)

Membro titular – Externo ao Programa

RESUMO

Nos dias atuais, os direitos humanos têm cada vez mais conquistado posição de destaque nos textos normativos, sejam textos de origem internacional, ou textos de origem interna. Por outro lado, esse ganho de importância que tem sido conferido à posituação desse conjunto de direitos essenciais aos seres humanos, muitas vezes não é refletido na efetividade que se confere a tais direitos. Portanto, este trabalho, partindo-se da importância que o direito internacional dos direitos humanos tem trazido para o direito internacional público, colocando o ser humano como o centro da ordem jurídica internacional, busca fazer um estudo sobre as principais características desse conjunto de direitos imprescindíveis ao ser humano, ressaltando-se a importância de tais caracteres para a estruturação de um processo judicial guiado pela Constituição Federal e que se mostre apto a tutelar tais direitos. Ademais, nesta busca por efetividade processual na tutela dos direitos humanos, sobleva-se em importância os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, sendo que no caso brasileiro, importância maior há de ser dada à Corte Interamericana de Direitos Humanos e às suas decisões. Dessarte, com o intento de se aperfeiçoar os sistemas de tutela dos seres humanos, propugnando-se, inclusive, por um diálogo entre os sistemas interno e internacional, buscar-se-á, a partir de uma análise do sistema de precedentes incorporado ao direito brasileiro por meio do Código de Processo Civil, demonstrar que as decisões oriundas da Corte de São José são precedentes vinculantes para o Brasil, encerrando-se o trabalho com a proposta de utilização do instituto processual da reclamação com vistas a tornar esses precedentes internacionais algo efetivamente judicializável perante o Poder Judiciário nacional.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos. Precedentes. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Reclamação. Efetividade.

ABSTRACT

Nowadays, human rights have increasingly gained a prominent position in normative texts, can be texts of international origin or texts of internal origin. On the other hand, this gain of importance that has been given to the legalization of this set of essential rights to human beings is often not reflected in the effectiveness that is given to such rights. This work, based on the importance that international law of human rights has brought to public international law, putting the human being as the center of the international juridical order, seeks to make a study about the main characteristics of this set of essential rights to the human being, emphasizing the importance of such characters for the structuring of a judicial process guided by the Federal Constitution and for this process also shows itself be able to protect these rights. In addition, in this search for procedural effectiveness in the protection of human rights, shows relevance the Internationals Humans Rights Courts, and in the Brazilian case, greater importance must be given to the Inter-American Court of Human Rights and its decisions. Thus, to try to improve the systems of protection of human beings, through, including, a dialogue between the internal and international systems, it will be sought, based on an analysis of the system of precedents incorporated into Brazilian law through the Civil Procedure Code, to demonstrate that the decisions of the Court of *San José* are binding precedents for Brazil, ending this study with the proposition to use the procedural institute of the complaint with a way to became these international precedents something effective be able to be processed judicially before the national Judiciary.

KEYWORDS: Human rights. Precedents. Inter-American Court of Human Rights. Complaint. Effectiveness.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | OS DIREITOS HUMANOS COMO DIRETRIZES PARA AS NOVAS ORDENS JURÍDICAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS..... | 11 |
| 2.1 | O ser humano como centro de toda ordem jurídica: o humanismo integral como fundamento para a humanização do direito internacional..... | 12 |
| 2.2 | As (novas) tendências do direito internacional contemporâneo..... | 16 |
| 162.3 | O direito internacional dos direitos humanos como elemento de humanização do direito internacional: o ser humano como sujeito do direito das gentes..... | 19 |
| 2.4 | Os direitos humanos e sua(s) nomenclatura(s)..... | 24 |
| 2.5 | A internacionalização dos direitos humanos - a universalidade e a superioridade normativa como caracteres determinantes na estruturação de qualquer processo no âmbito interno em que se busca a promoção da tutela de tais direitos..... | 29 |
| 2.5.1 | Da universalidade..... | 31 |
| 2.5.2 | Da superioridade normativa..... | 34 |
| 2.6 | O compromisso da carta magna brasileira para com a sociedade internacional: a devida atenção aos direitos humanos e aos tribunais internacionais..... | 37 |
| 2.7 | A (conturbada) relação entre o direito internacional e o direito interno: a paridade normativa entre os tratados de direito internacional e a legislação infraconstitucional..... | 40 |
| 2.8 | O § 3º do art. 5º da constituição federal e o atual estatuto normativo dos tratados internacionais de direitos humanos..... | 44 |
| 2.9 | Os tribunais internacionais como instrumentos de efetivação da dignidade humana: a devida atenção a ser conferida à corte interamericana de direitos humanos e a necessidade de efetivo cumprimento de suas decisões..... | 50 |
| 3 | OS PRECEDENTES E SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA O DIREITO: O VALOR DE PRECEDENTE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA..... | 57 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 3.1 | A evolução da força vinculante das decisões judiciais no direito brasileiro..... | 58 |
| 3.2 | O estado constitucional e as transformações do direito..... | 63 |
| 3.3 | A dupla indeterminação do texto jurídico como um fator de risco a valores inerentes ao estado democrático de direito e como fator determinante na virada da natureza da atividade interpretativa do direito..... | 67 |
| 3.4 | A constitucionalidade do sistema de precedentes instituído pelo código de processo civil de 2015: uma necessidade decorrente da natureza da atividade interpretativa..... | 70 |
| 3.5 | O conceito de precedentes e sua necessária distinção da jurisprudência..... | 75 |
| 3.6 | A importância da <i>ratio decidendi</i> dos precedentes para os fins da diminuição/eliminação do fenômeno jurídico em face de sua dupla indeterminabilidade..... | 78 |
| 3.7 | As funções dos tribunais de vértices em decorrência das transformações do estado constitucional: cortes superiores ou cortes supremas..... | 81 |
| 3.8 | O art. 927 do código de processo civil e sua natureza como rol exemplificativo..... | 85 |
| 3.9 | A corte interamericana de direitos humanos como uma corte de precedentes: a vinculação do Brasil à <i>ratio decidendi</i> das decisões deste tribunal internacional..... | 88 |
| 4 | A RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO NO BRASIL DOS PRECEDENTES ORIUNDOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UM MEIO DE VIABILIZAÇÃO PARA O DIÁLOGO ENTRE AS CORTES MEDIANTE A TEORIA DO DUPLO CONTROLE..... | 94 |
| 4.1 | O direito de ação no contexto dos valores do estado liberal..... | 95 |
| 4.2 | As tutelas do direito como categorias diretoras do procedimento: a necessidade de se pensar a função/estruturação procedimental a partir das necessidades do direito material..... | 100 |
| 4.3 | O direito de ação no contexto dos valores do estado constitucional..... | 108 |
| 4.4 | A subsidiariedade do processo internacional de direitos humanos: a força vinculante dos precedentes da corte interamericana - a (in)existência de | |

| | | |
|------------|---|------------|
| | técnicas processuais no direito brasileiro com aptidão de se conferir eficácia a tais precedentes..... | 114 |
| 4.5 | A origem e a natureza jurídica do instituto da reclamação..... | 119 |
| 4.6 | A reclamação como técnica processual de tutela dos precedentes da corte interamericana de direitos humanos..... | 123 |
| 4.6.1 | Teoria do duplo controle como fundamento para o emprego da reclamação como técnica processual apta para a tutela dos precedentes oriundos da corte interamericana de direitos humanos..... | 128 |
| 4.6.2 | A competência para a apreciação de reclamações que visam à tutela dos precedentes da corte interamericana de direitos humanos – uma distribuição das tarefas a partir da hierarquia dos tratados..... | 130 |
| 4.7 | Os problemas advindos com a possibilidade de ajuizamento de reclamações perante as cortes de vértice do poder judiciário para a tutela de precedentes da corte de San José..... | 133 |
| 4.7.1 | O caráter pedagógico da reclamação como meio de combate à cultura de limitação das hipóteses de cabimento da reclamação e como meio de implementação da cultura de respeito aos precedentes..... | 134 |
| 4.7.2 | A reclamação como instrumento de provocação do diálogo entre as cortes..... | 141 |
| 5 | CONCLUSÕES..... | 144 |
| | REFERÊNCIAS..... | 146 |

1 INTRODUÇÃO

O tema dos direitos humanos tem ganhado grande relevo nos últimos anos, tanto nos domínios do direito interno, quanto nos domínios do direito internacional.

Por outro lado, como efeito desse relevo conferido a esta temática, surgem diuturnamente inúmeros tratados de direitos humanos, chegando alguns desses instrumentos normativos internacionais, na esteira do quanto preconizado pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, a gozarem do *status* de normas constitucionais, bem como, diante da posição jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal, tais tratados também podem se apresentar com o *status* de supralegalidade.

Tudo isso sem se descuidar de inúmeros debates doutrinários que propugnam pelo estatuto constitucional de todo e qualquer tratado de direitos humanos na órbita do direito brasileiro em face do que prescreve o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Ademais, no âmbito do direito internacional, um dos ramos que mais proeminência conquista a cada dia é o direito internacional dos direitos humanos, o qual conta com inúmeros mecanismos de tutela dos tratados, contando, inclusive, com a existência de tribunais internacionais.

Porém, verifica-se que em muitas das vezes a implantação dos entendimentos fixados por esses tribunais internacionais não encontra uma acolhida imediata no âmbito interno das ordens estatais, como pôde ser verificado, a título de exemplo, com a questão da prisão civil do depositário infiel, que só veio a ser reconhecida tal impossibilidade pelo Supremo Tribunal Federal muitos anos após, tendo a partir daí tal entendimento sido seguido pelas demais instâncias do Poder Judiciário, passando essa temática a contar, inclusive, com uma súmula vinculante.

Diante de tal quadro surgem dois questionamentos básicos, quais sejam: a) um que versa sobre o grau de vinculação do ponto de vista de formação de precedentes para o direito brasileiro perante as decisões emanadas da Corte Interamericana; e b) outro que versa sobre a existência de remédios processuais no direito processual brasileiro com aptidão para se conferir a devida efetividade às decisões aludidas no item “a”.

Por isso, busca-se na presente pesquisa investigar a possibilidade de que as decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos sejam detentoras de uma eficácia vinculante para o Estado brasileiro na qualidade de precedentes obrigatórios, perquirindo-se ademais acerca da existência de instrumentos processuais que possam conferir efetividade aos

precedentes oriundos de tal tribunal internacional, caso venha a se responder positivamente ao primeiro ponto, qual seja, acerca da possibilidade de fixação de precedentes vinculantes por parte da Corte de San José para o direito brasileiro.

Para alcançarem-se tais respostas, objetiva-se, em sequência:

- a) Verificar a importância conferida hodiernamente à temática dos direitos humanos, o qual produziu uma mudança paradigmática na própria teoria do direito internacional ao (re)colocar de uma vez por toda o ser humano como o elemento central daquela ordem jurídica;
- b) Verificar a possibilidade de as decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos serem tomadas como precedentes vinculantes para o direito brasileiro, motivo por que haverá de se perquirir sobre o conceito de precedentes e a consequente natureza do rol trazido pelo art. 927 do Código de Processo Civil;
- c) Verificar, diante das características da universalidade e da superioridade normativa apresentadas pelos direitos humanos, aliada à concepção do direito no Estado Constitucional de que a ação tem que ser construída a partir das necessidades apresentadas pelo direito material diante do caso concreto, se é viável a utilização do instituto da reclamação constitucional para se produzir um diálogo institucional entre as cortes, apresentando-se o precedente internacional neste diálogo como um ônus argumentativo a ser enfrentado pelos tribunais pátrios, a fim de que seja garantida a devida efetividade às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos com a observância do postulado da duração razoável do processo

Os referenciais teóricos adotados no presente estudo são a teoria do humanismo integral, presente na obra de Jacques Maritain, a fim de se verificar o ser humano como centro da ordem jurídica internacional, bem como a teoria do duplo controle, presente na obra de André de Carvalho Ramos, a qual é utilizada como instrumento de viabilização do diálogo entre as cortes como fundamento para o ajuizamento de reclamações com vistas a garantir os precedentes da Corte de San José.

Assim, com essas premissas teóricas, buscar-se-á encontrar elementos para solucionar o problema de pesquisa proposto, propondo-se, portanto, um instrumento processual de garantia da efetividade expedita dos precedentes oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos perante o direito interno brasileiro.

Por fim, para o atingimento dos objetivos propostos no presente trabalho, usar-se-á do método dedutivo e, quanto à metodologia empregada, valer-se-á essencialmente de pesquisa bibliográfica.

2 OS DIREITOS HUMANOS COMO DIRETRIZES PARA AS NOVAS ORDENS JURÍDICAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

Tal capítulo tem a pretensão de trazer à tona a nova configuração da sociedade internacional, a qual se dá com um intenso relacionamento entre os países, sendo que a existência de Estados isolados é um dado meramente histórico. Ademais, essa interação internacional entre as nações é algo almejado pela própria Constituição Federal do Brasil, conforme se pode observar do parágrafo único, do art. 4º, da Constituição, ao preconizar a formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Por outro lado, se o direito internacional ganha proeminência neste cenário de intensas relações entre as nações, com ordem emanada diretamente da Carta Magna, dentro do direito internacional um ramo que ganha ainda mais proeminência é o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual teve um ganho de importância bastante considerável após os horrores da Segunda Guerra Mundial, sendo que o objeto de estudo deste ramo do direito internacional são os direitos humanos.

Diante de tal quadro, o capítulo apresenta uma parte que tenta discutir alguns pontos alusivos a estes direitos, tais como nomenclatura e características, dentre outros, sendo que, dentre esses pontos, mais especificamente quanto às características dos direitos humanos, duas delas em particular se mostram de suma importância para a continuidade da pesquisa, eis que como o presente trabalho visa a discutir acerca da produção de precedentes vinculantes da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o direito interno brasileiro, há que se ter a consciência de que tais decisões devem assim ser encaradas justamente em face do grau de importância dos direitos sobre os quais essas decisões versam, sendo que essa importância inata a estes direitos é extraída justamente em face das características que circundam esse conjunto de posições jurídicas indispensáveis à tutela da dignidade da pessoa humana, dando-se proeminência no presente trabalho, conforme já dito acima, a duas dessas características, quais sejam, a universalidade e a superioridade normativa.

Portanto, não se pode perder de vista que a evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos se dá justamente a partir das características dos direitos humanos, sendo daí que se pode extrair a importância de tais caracteres.

Por fim, o capítulo termina com a abordagem que a Constituição Federal faz no trato dos direitos humanos, bem como tendo em consideração a abordagem que tal Constituição confere aos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, fechando-se o capítulo com a demonstração de que esses tribunais se apresentam como instrumentos indispensáveis para a

tutela integral da pessoa humana, contribuindo, portanto, para a concretização plena da dignidade humana.

2.1 O ser humano como centro de toda ordem jurídica: o humanismo integral como fundamento para a humanização do direito internacional

O direito tem por missão precípua assegurar ao ser humano uma existência digna, pautada nos mais elevados padrões de consideração de sua natureza humana. Neste sentido, é de se ressaltar que não mais é cabível qualquer concepção de ordem jurídica em que o ser humano seja visto apenas e tão somente como um elemento estruturante do Poder Público.

É justamente com base nesta concepção de se alçar o ser humano ao vértice de toda ordem jurídica que não mais deve ser vista com bons olhos, *exempli gratia*, a visão administrativista do ser humano como administrado, tendo o Poder Público como o grande agente do Direito Administrativo.

Hodiernamente, deve-se enxergar a pessoa humana em face do Estado como cidadão, e não mais como um administrado, encarando-se o Poder Público como um meio, cujos poderes que lhes são conferidos o são apenas para viabilizar aos cidadãos uma vida plena, onde a fruição de seus direitos e liberdades fundamentais se dê na maior medida do possível.

Neste diapasão, com vistas a se conferir a devida importância ao ser humano no seio da sociedade politicamente organizada, ou seja, do Estado, preciosas são as lições que chegam até mesmo a preconizar a extinção ou a releitura do princípio da supremacia do poder público em face do cidadão, eis que tal concepção de Direito Administrativo tem como base doutrinária justamente o contrário do que se preconiza contemporaneamente no que pertine à posição do cidadão em face do Poder Público, isto é, tal princípio é desenvolvido em uma concepção autoritária de Estado, em que a pessoa humana, como dantes mencionado, é vista apenas e tão somente como um elemento estruturante desta sociedade politicamente organizada.

A corroborar a visão de superação do vetusto postulado da supremacia do interesse público, preciosas são as lições de Sarmento (2010, p. 35) no sentido de que tal postulado parte de uma visão errada que se deve ter da relação entre o indivíduo e o Poder Público, visão que se mostra incompatível com o Estado Democrático de Direito, onde as sociedades politicamente organizadas devem ser constituídas para servirem às pessoas na promoção de seus direitos mais fundamentais, e não o contrário.

Ademais, essa visão de se encarar o Poder Público como um meio para o atingimento da tutela integral do ser humano é algo que, no caso brasileiro, decorre da própria noção de

dignidade humana como fundamento de o país se constituir em um Estado Democrático de Direito, erigindo-se a dignidade humana em um elemento apto a legitimar toda ordem jurídica em que a República Federativa do Brasil esteja envolta, seja esta ordem jurídica interna ou mesmo internacional.

A dignidade humana como fator de legitimação da ordem jurídica é ressaltada por Sarmento (2016, p. 79) ao estatuir que “Nessa perspectiva, carece de legitimidade o Estado autoritário ou totalitário, em que o governo não se respalda no consentimento dos governados, e em que haja violações maciças a direitos e degradação institucionalizada da pessoa humana”.

Sarlet (2009, p. 86), no sentido de se ter a dignidade da pessoa humana como um elemento legitimador da ordem jurídica, leciona que:

[...] a circunstância de que a dignidade, na ordem jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, tal qual consagrado também na Constituição Federal de 1988 (especialmente, no artigo 1, inciso III), ocupa a posição tanto de fundamento e tarefa da nossa República, quanto de princípio normativo e, portanto, juridicamente vinculante, em permanente diálogo com os direitos fundamentais e a própria legitimidade da ordem constitucional.

Por outro lado, na sociedade atual, a qual se caracteriza por uma complexidade extrema, onde o ser humano é detentor de pretensões que se espalham pelos mais variados bens, onde existe uma expansão bastante acentuada dos preceitos normativos definidores de direitos fundamentais, deve-se adotar um conceito de ser humano que possa retratar o homem na sua mais completa composição, não se restringindo o homem, portanto, a valores apenas e tão somente materiais.

É justamente em face de tal quadro que as demais dimensões dos direitos fundamentais, para além dos direitos fundamentais de primeira dimensão, assumem papel de relevo em nossa ordem jurídica, na medida em que apenas através de uma atávica complementaridade existente entre as várias dimensões dos direitos fundamentais é que se poderá concretizar a fruição da dignidade da pessoa humana em toda a sua inteireza.

Nesta toada, tendo em vista a necessidade de se enxergar o ser humano em toda a sua integralidade é que, para os fins do presente trabalho, adota-se uma visão de pessoa humana pautada nos ensinamentos de Maritain (1945, p. 24-26), para quem a complexidade que envolve a pessoa humana não pode ficar relegada a uma dimensão meramente material.

Assim, segundo o mencionado autor, esse foi o pecado do humanismo antropocêntrico, reinante a partir do renascimento cultural, o qual resumiu o fenômeno humano ao aspecto apenas humano, tendo sido essa a maior falha deste humanismo clássico, isto é, ter sido antropocêntrico e de não ter se revestido de humanidade, sendo que das palavras do próprio

Maritain se pode extrair que “Digamos, em suma, que o vício radical do humanismo antropocêntrico foi de ser antropocêntrico e não de ser humanismo.” (MARITAIN, 1945, p. 26).

Ademais, essa visão do ser humano que tem Maritain é plenamente compatível com a Carta Magna, conforme se pode depreender do *caput* do art. 1º da Constituição Federal, o qual preconiza que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, consoante se pode depreender de seu inciso terceiro.

Ora, para Maritain há uma ligação indissociável entre o humanismo por ele defendido e a democracia, sendo assim a lição posta por Machado (2012, p. 67-68):

Como pano de fundo de todo o pensamento filosófico-político maritainiano, além da já explicitada afirmação de que “toda coisa existente na natureza, uma planta, um cão, um cavalo tem a sua lei natural, isto é, a normalidade de seu funcionamento, a maneira própria pela qual, em razão de sua estrutura e de seus fins específicos, esse ser deve atingir a sua plenitude de ser típica, seja no seu crescimento, seja no seu comportamento” (livre tradução do expositor; LN, pp 703-704; ver acima item 8.1), está a fé na democracia, robustecida por duas guerras mundiais na primeira metade do século XX [...].

Assim, se a visão humanista da idade média se mostrou insuficiente por descurar das causas terrenas, mantendo o homem o seu olhar apenas para as coisas divinas, para Maritain (1945, p. 26), quanto ao humanismo antropocêntrico, este peca por se preocupar apenas e tão somente com as coisas terrenas, descurando-se, portanto, do aspecto espiritual e reduzindo o homem à matéria.

Tal forma de se enxergar o ser humano, isto é, de forma parcial, traz como consequência inexorável uma falta de freios para as ações humanas, sendo justamente essa entrega irracional à razão que é oriunda do pensamento antropocêntrico que produziu duas grandes guerras mundiais, não se podendo esquecer que, no bojo da Segunda Guerra Mundial, a humanidade assiste atônita à explosão de duas bombas nucleares.

Ora, é justamente neste quadro de caos em que a humanidade foi lançada que vem a lume o conceito de humanismo integral proposto por Maritain, não podendo o cristão (cidadão) se preocupar apenas com o aspecto sacral da vida, devendo o ser humano ter uma atividade voltada à realização do bem comum. (MARITAIN, 1945, p. 128-131).

Portanto, para Maritain a vida aqui na cidade temporal, por ele definida como um fim intermediário, não pode ter a sua dignidade desconsiderada, eis que tal cidade temporal se apresenta com três características indeléveis, quais sejam, o fato de ser comunitária, personalista e peregrinal (MARITAIN, 1945, p. 129-132), resultando da característica de ser comunitária, a consequência de uma necessária busca de todos pelo bem comum

Dessarte, precisas são as palavras de Maritain (1945, p. 132) no que pertine ao compromisso de que o homem deve se imbuir com vistas a concretizar, para além da felicidade no mundo espiritual, a felicidade aqui na terra:

Não se segue certamente contudo que a civilização temporal seja um puro meio em relação à vida eterna e não tenha em si mesma a dignidade de fim (infravalente); nem que, a pretexto de que a vida presente é um vale de lágrimas, deve o cristão resignar-se à injustiça, ou a condição servil e à miséria de seus irmãos. Não é o cristão para falar a verdade, jamais resignado. Sua concepção da cidade visa por si uma organização do vale de lágrimas para procurar uma felicidade terrestre, relativa mas real, da multidão reunida; uma estrutura boa, e apta a ser vivida, da existência do todo, um estado de justiça, de amizade e de prosperidade que torne possível a cada pessoa a efetuação de seu destino; pede ele que a cidade terrestre seja disposta de tal maneira que reconheça efetivamente o direito de seus membros à existência, ao trabalho, e ao crescimento de sua vida de pessoa.

Portanto, ao assumir uma posição de defesa de um humanismo integral, tal qual proposta por Maritain e aqui adotada, passa-se a exigir uma mudança de visão no conceito tradicional de direito internacional público.

Ou seja, o conceito de humanismo integral exige que o ser humano seja colocado como o centro de toda e qualquer ordem jurídica, derrocando-se, portanto, essa visão tradicional do direito internacional público, a qual, para Trindade (2007, p. 246), foi prevalecente até pouco tempo atrás e teve início com a corrente do positivismo voluntarista, subsistindo até a primeira metade do século XX, visão essa que via no Estado o seu sujeito de direito por excelência.

Doravante, deve-se colocar o ser humano no seu devido lugar nesta ordem jurídica internacional, isto é, em seu centro, dando-se proeminência, portanto, ao direito internacional dos direitos humanos.

A corroborar essa evolução por que tem passado o direito internacional contemporâneo, o qual passou definitivamente a se preocupar com a elevação do ser humano à centralidade da ordem jurídica internacional, afirma Trindade (2015, p. 136) que já na segunda metade do século XX a doutrina mais esclarecida já não concebia o Estado como o todo poderoso e consequentemente como o senhor e o ente que a seu arbítrio concederia as liberdades e responsabilidades das pessoas que faziam parte desta entidade politicamente organizada.

Ao contrário, para o mencionado autor, a expansão por que passou os direitos humanos nesta segunda metade do século XX gerou o resgate da visão do ser humano como sujeito do direito internacional, evolução essa tida para Trindade como o maior legado conferido à ciência jurídica neste século XX. (TRINDADE, 2015, p. 136).

Dessarte, pode-se deduzir das ideias de Maritain que o ser humano deve ser respeitado e tutelado na sua integralidade em qualquer ordem jurídica, seja essa ordem de origem nacional

ou de origem internacional, oportunidade em que os direitos humanos assumem um papel de relevo na composição desta integralidade do ser humano.

Porém, para além de se declarar tais direitos, é preciso efetivamente tutelá-los, apresentando-se o processo internacional dos direitos humanos com a nobre e árdua missão de tutela destes direitos quando os Estados faltarem nesse mister, cabendo aos juristas buscarem meios de se conferir uma genuína eficácia às decisões dos tribunais internacionais, o que será objeto do presente trabalho ao longo do seu desenvolvimento.

2.2 As (novas) tendências do Direito Internacional Contemporâneo

A queda do feudalismo e o enfraquecimento do poder temporal da Igreja foram sequenciados pela ascensão do Estado Nacional, o Estado Moderno, o qual se caracterizou pelo enaltecimento de tudo que dizia respeito ao nacional, à exortação da soberania, ao idioma. Neste modelo de configuração estatal, pode-se dizer que as fronteiras foram muito bem delineadas.

Neste período, houve uma busca incessante pela delimitação dos conceitos, a dúvida deveria ser extirpada em busca de uma certeza atávica, “inerente” a todas as coisas, o sucesso alcançado nas ciências naturais deveria ser transportado a todo custo para as ciências humanas e sociais.

Cardoso (2010, p. 64) leciona que “Na modernidade, a ordem passa a ser vista não como algo natural, mas como algo artificial, criado pelo homem e manifestamente político e social: a comunidade e a ordem são criações humanas.”

Nesta toada, é de se ressaltar o forte apego que este momento histórico finca nos limites territoriais do Estado, trabalhando-se com uma ideia de quase um isolacionismo destes Estados, o que refletirá sobremaneira no próprio conceito de soberania e, por consequência, na forma como os Estados se relacionarão entre si, tendo Cardoso (2010, p. 68), quanto a algumas das características deste momento, o qual pode também ser denominado como Primeira Modernidade, afirmado que “A Primeira Modernidade, com suas categorizações sociais, apresenta basicamente as seguintes características: a) sociedades do Estado Nacional [...]”

Porém, a realidade que se apresenta neste momento da história é outra completamente díspar. A globalização trouxe consigo a celeridade das informações, das comunicações, dos transportes, instaurando-se um período de incertezas, denominado de Segunda Modernidade, o qual tem como uma de suas características mais elementares o rompimento da territorialidade atávica da Primeira Modernidade.

Dessarte, pode-se dizer que as “barreiras” geográficas foram quebradas, o conceito de soberania foi reformulado, a forma de se relacionar dos Estados foi alterada, sendo que, quanto a esse momento denominado de segunda modernidade, segundo se depreende da obra de Beck (2003, p. 36), o mesmo afirma que “Isso reflete uma experiência-chave da Segunda Modernidade: a religião dos direitos humanos, que já não tem vínculo com o Estado nacional nem com a identidade nacional e que se volta contra os reflexos nacionais ou étnicos.”

Ora, uma vez posta esta quebra das barreiras geográficas entre os Estados, mister se fez uma reconfiguração da forma como se davam as comunicações, as transações comerciais, enfim, houve uma verdadeira mudança na forma de se relacionar, surgindo uma necessidade de integração entre os países, cujo maior exemplo na atualidade é a União Europeia, sendo que, quanto a essa necessidade de integração entre os povos, Figueiredo (2013, p. 489) afirma que “A segunda metade do século XX caracterizou-se pela aproximação das Nações soberanas, movidas pela necessidade de se aquecer o intercâmbio econômico.”

Neste diapasão, é de se ressaltar que Ferrajoli (2004, p. 16) traz como um dos acontecimentos que colocam em crise o direito, a noção acerca da crise do próprio Estado nacional, a qual é evidenciada, segundo o mencionado autor, na mudança dos lugares da soberania, na alteração do sistema de fontes do direito, o que, por consequência, causa um enfraquecimento do próprio constitucionalismo.

Portanto, a realidade é que se vive uma época em que a integração dos povos é um dado inquestionável, traduzido, inclusive, como uma meta imposta ao Estado brasileiro pelo art. 4º, parágrafo único, da *Lex Mater*.

É neste quadro de crescente incremento das relações internacionais que um ramo do direito desponta com imperiosa necessidade de conhecimento por parte dos juristas, qual seja, o direito internacional público, o qual, por um determinado momento, teve suas atenções voltadas quase que exclusivamente para os Estados, tidos a essa época como o sujeito por excelência do direito das gentes.

Em um segundo momento, confere-se acesso a esse ramo do direito às Organizações Internacionais Intergovernamentais, as quais passam a ser tidas como sujeitos de direito na ótica do direito internacional público.

Porém, diante desta nova realidade em que é pautada a sociedade internacional na atualidade e a que se fez alusão anteriormente, trago à baila os ensinamentos de Miranda (2000, p. 23-26) acerca de oito tendências por que tem passado o direito internacional, tendências essas que irão pautar a nova feição do direito das gentes, o direito internacional contemporâneo.

Segundo Miranda (2000, p. 23-26), esse direito internacional contemporâneo é pautado por oito tendências, quais sejam, a universalização, a regionalização, a institucionalização, a funcionalização, a humanização, a objetivação, a codificação e a jurisdicionalização, sendo que, para os fins do presente trabalho, as tendências da humanização e da jurisdicionalização são aquelas que se apresentam dotadas de uma maior relevância, sem prejuízo, por óbvio, de sua interdependência com as demais tendências.

A universalização consiste na ideia de se romper com a visão euro-americana do direito internacional, passando a ser efetivamente algo universal e pautado em grande parte pelo princípio da autodeterminação dos povos. (MIRANDA, 2000, p. 23-26).

A regionalização consiste em uma atenuação do caráter universal do direito internacional na medida em que os Estados, por questões culturais, econômicas, políticas, estratégicas, dentre outras, tendem a formar blocos regionais, podendo-se mencionar, a título de exemplo, a União Europeia e o Mercosul. (MIRANDA, 2000, p. 23-26).

A institucionalização está ligada ao aumento da participação das organizações internacionais intergovernamentais no cenário da sociedade internacional, a qual deixou de ser um espaço de atuação única e exclusiva dos Estados (MIRANDA, 2000, p. 23-26).

A funcionalização guarda uma estreita relação com a institucionalização em um duplo sentido. Em um primeiro sentido na medida em que cada vez mais o direito internacional avança em assuntos que seriam tempos atrás de incumbência dos Estados, adentrando, portanto, em matérias como saúde, trabalho, meio ambiente, etc. (MIRANDA, 2000, p. 23-26).

Em um segundo sentido, essa funcionalização do direito internacional se relaciona com a institucionalização na medida em que para o trato destas matérias que antes eram de incumbência prioritária dos Estados, verifica-se a criação de organismos internacionais, sendo, nas palavras do mencionado autor, uma espécie de ministérios internacionais que complementam os trabalhos dos ministérios nacionais. (MIRANDA, 2000, p. 23-26).

A tendência da humanização, uma das que mais interessam dentre as oito acima mencionadas para os fins do presente trabalho, conforme dantes já ressaltado, está pautada na concepção que se deve ter do direito internacional hoje em dia, isto é, o direito internacional se transforma também no direito internacional dos direitos humanos, traduzido na ideia de que o homem pode ser defendido não apenas através da proteção diplomática dos Estados, mas sim defendido contra o seu próprio Estado. (MIRANDA, 2000, p. 23-26).

Discorrendo acerca da importância da pessoa na atual concepção do direito internacional, em harmonia, portanto, com essa tendência da humanização do direito internacional contemporâneo propugnada por Miranda, leciona Trindade (2017, p. 202-203) no

sentido de que o atual reconhecimento que o ordenamento jurídico internacional confere às reparações às vítimas de violações de direitos humanos é um sinal de seu amadurecimento.

Por outro lado, ainda segundo Trindade (2017, p. 202-203) resta um longo caminho a ser percorrido a fim de que outras contribuições do Direito Internacional dos Direitos Humanos possam ser implantadas, fazendo com que o processo de humanização do direito internacional, e que há algumas décadas já havia sido detectado por internacionalistas com formação humanista, siga avançando.

A sexta tendência do direito internacional é a sua objetivação, ou seja, a tentativa de superar o dogma voluntarista do direito internacional consistente na suposta necessidade de aquiescência por parte dos Estados para que todo e qualquer tratado possa produzir efeitos contra si, sendo que a sétima tendência é a codificação por que passa o direito internacional, destacando-se nesse aspecto o papel desenvolvido pela extinta Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas. (MIRANDA, 2000, p. 23-26).

Por fim, como oitava tendência, e que também se apresenta como sendo de grande relevo para os fins deste trabalho, observa-se a jurisdicionalização, eis que o direito internacional passa a contar com uma série de tribunais para resolverem um sem número de questões, sendo a superação das cláusulas facultativas dos tratados que instituem esses tribunais um dos grandes desafios dessa oitava tendência. (MIRANDA, 2000, p. 23-26).

Portanto, em face destas tendências que configuram o direito internacional atual, aquela visão tradicional prevalecente até pouco tempo que tinha no Estado e nas Organizações Internacionais Intergovernamentais os únicos sujeitos do direito internacional, com prevalência da figura do Estado, não mais pode subsistir, devendo o ser humano ser alçado à condição de sujeito do direito internacional, e não apenas isso, para além de o ser humano ser considerado sujeito do direito internacional, deve o ser humano ser elevado à condição de sujeito central de toda ordem jurídica internacional, com as consequências daí advindas.

2.3 O direito internacional dos direitos humanos como elemento de humanização do direito internacional: o ser humano como sujeito do direito das gentes

Conforme visto acima, o direito internacional público por muito tempo foi pautado por uma ótica essencialmente estatal, isto é, os sujeitos por excelência de tal ramo do direito eram apenas e tão somente os Estados.

Um dos argumentos em favor desta visão estatalista da sociedade internacional era o fato de que apenas os Estados detinham o poder de produção das normas jurídicas

internacionais, sendo que posteriormente tal possibilidade fora conferida às Organizações Internacionais Intergovernamentais, conforme estipulado pela convenção de Viena sobre tratados celebrados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre estas últimas.

Porém, tomando-se como referências para o (novo) direito internacional público as oito tendências acima indicadas (a universalização, a regionalização, a institucionalização, a funcionalização, a humanização, a objetivação, a codificação e a jurisdicionalização), vê-se que tal direito não mais pode ser pautado por essa visão interestatal, fruto de um positivismo descompromissado com valores superiores que são imprescindíveis para o estabelecimento de qualquer ordem jurídica.

Trindade (2007, p. 243) chama a atenção para a importante influência que foi exercida pelos grandes mestres na formação do direito internacional, o que se apresenta como algo natural em face da necessidade de sistematização da matéria, sendo que estes ensinamentos tinham presente a necessidade de se limitar o poder do Estado pelo direito internacional, devendo ser ressaltado que tais ensinamentos ainda não perderam a sua atualidade em nossos dias.

Assim, Trindade (2007, p. 244-245), ao invocar os ensinamentos de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez e Hugo Grotius, dentre outros, vaticina que autores como esses, que influenciaram sobremaneira a formação e consolidação do direito internacional, posicionavam-se por um direito internacional acima dos Estados, estando as relações internacionais sujeitas às normas jurídicas e não à razão de estado, a qual não pode ser encarada como sendo absoluta, sendo a ordem jurídica em verdade incompatível com aquela razão.

Portanto, verifica-se que para a doutrina inaugural do direito internacional essa visão que fora passada até pouco tempo atrás de uma estatalidade intrínseca e com falta de limites ao Estado e que caracterizariam aquele direito, não é algo inerente à sua formação, surgindo tal visão posteriormente.

Assim, aquela forma de se encarar o direito das gentes como algo acima dos Estados restou sobejamente enfraquecida com o positivismo jurídico que a partir de uma personificação da vontade própria do Estado, positivismo voluntarista, erigiu a vontade do ente estatal como uma verdadeira *conditio sine qua non*, reduzindo os direitos da pessoa humana apenas àqueles expressamente concedidos pelo Estado, visão que ao final das contas enfraqueceu o direito internacional, o qual passou a ser um direito entre Estados, e não mais um direito acima destes. (TRINDADE, 2007, p. 246).

Por outro lado, essa visão positivista do ordenamento jurídico internacional, que reduzia os direitos do ser humano apenas e tão somente àqueles concedidos pelo Estado,

mostrou-se incapaz de apresentar princípios que orientassem o funcionamento do sistema jurídico, apresentando-se, por conseguinte, totalmente subserviente à ordem legal estabelecida, chancelando uma série de abusos dentro do quanto posto por aquela ordem jurídica.

Ademais, Trindade (2007, p. 248) realça que a noção de soberania como algo absoluto se apresenta totalmente descabida, não mais prevalecendo uma irresponsabilidade do Estado, o qual passa a ser responsabilizado por todos os seus atos, tanto os atos de gestão quanto os atos de império, sejam eles comissivos ou omissivos.

Ora, diante deste quadro de insuficiência do positivismo jurídico para se conter os abusos, é retomada a visão de se estabelecer um ordenamento jurídico internacional não apenas entre Estados soberanos, mas sim um ordenamento jurídico que se encontra acima dos Estados, o que tem como efeito imediato a colocação do ser humano como centro deste direito internacional, donde se ganha destaque de enorme importância o direito internacional dos direitos humanos, o qual, na doutrina de Trindade (2007, p. 210-211), é assim conceituado:

Entendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público, e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, tanto no plano global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus juris* de proteção adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias.

Do conceito acima visto sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos se pode concluir que a visão de direito internacional na qual o ser humano é visto como um objeto de relação, como um objeto de proteção pelo Estado através da proteção diplomática, não mais se pode conceber na contemporaneidade.

O ser humano deve ser colocado no centro da ordem jurídica e ser detentor de seus direitos, conquistados ao longo do tempo com muita luta, não mais podendo subsistir uma visão de direitos da pessoa humana no plano do Direito Internacional como sendo aqueles direitos que eram apenas reconhecidos pelo Estado, como se a vontade deste último se apresentasse como algo imprescindível.

Assim, diante da integralidade do ser humano, que reclama uma proteção também integral, deve-se verificar a derrocada do tão decantado positivismo voluntarista.

Na vã tentativa de retirar da pessoa humana a sua natural condição de sujeito do Direito Internacional, por um largo período de tempo, algumas vozes sustentaram que os indivíduos

não podiam se apresentar como sujeitos de tal ramo do direito pelo fato de que os mesmos não participavam do processo de formação da norma por excelência do Direito Internacional, qual seja, dos tratados.

Porém, tal argumento pode ser facilmente objetado pelo simples fato de que muitas pessoas também não participam sequer indiretamente do processo de formação das leis no âmbito interno, e nem por isso se cogita de retirar das pessoas a sua condição de sujeitos de direito no plano do Direito estatal. (TRINDADE, 2007, p. 250).

Por outro lado, Trindade (2007, p. 250-252) chama a atenção para o fato de que a visão passada de se conceber a formação do *corpus* jurídico do direito internacional a partir apenas de fontes estatais ou interestatais, também não mais prevalece na medida em que cada vez mais existe uma intensa participação de organizações não governamentais que atua no processo de formação dos tratados, sendo que a própria Organização das Nações Unidas tem utilizado o art. 71 de sua carta para conferir às organizações não governamentais um *status* consultivo no processo de produção de tratados.

Assim, a participação da sociedade civil tanto no processo de formação, quanto no de aplicação das normas de direito internacional, tem contribuído decisivamente para a consolidação do quadro da teoria da personalidade no âmbito do direito internacional.

Ora, a retirada do Estado da condição de sujeito único deste processo de formação do direito internacional tem contribuído para derrubar um dos últimos mitos a sustentar a visão do ser humano como não sendo um sujeito por excelência do Direito Internacional, mostrando-se a pessoa como beneficiária direta deste direito; bem como tem contribuído para colocar na pauta do Direito Internacional a proteção de valores comuns superiores aos interesses meramente interestatais. (TRINDADE, 2007, p. 251-252).

Assim, ao ser humano, para uma visão do Direito Internacional e que foi bastante difundida por largo período de tempo, não se conferia o *status* de sujeito deste ramo do direito, na medida em que o mesmo não detinha o poder de produção da norma jurídica por excelência do direito internacional, qual seja, os tratados, não sendo a pessoa humana, portanto, para aquela visão, destinatária imediata destas normas.

Porém, é por demais óbvio que tal visão do fenômeno jurídico internacional não mais pode subsistir, sendo que, a corroborar a personalidade jurídica da pessoa humana na órbita do direito internacional, Mazzuoli (2011, p. 421) leciona que “Ora, se os indivíduos, como tais, podem ser responsabilizados no cenário externo em virtude de atos violadores do Direito Internacional Público, é porque também têm eles personalidade jurídica internacional.”

Dessarte, a visão de não se enxergar o ser humano como sendo o centro do Direito Internacional Público não mais se justifica, principalmente após os horrores impostos pelo Estado ao homem no contexto dos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, se é que tal forma de se enxergar o direito internacional pôde ter se sustentado em algum momento, na medida em que se mostra deveras inconcebível visualizar o direito como algo não focado no ser humano.

Portanto, ainda se valendo das lições preconizadas por Trindade (2015, p. 189-192), observa-se que os “fundadores” do direito internacional, como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez e Hugo Grotius, *exempli gratia*, tinham uma visão da sociedade internacional sujeita ao império do direito, havendo, portanto, a possibilidade de proteção do ser humano contra o seu próprio Estado.

Assim, por tudo o quanto se disse, verifica-se com Trindade (2015, p. 189-192) que tal visão de um direito internacional acima dos Estados se perdeu com o tempo, passando a sociedade internacional a ser centrada na figura do Estado, donde se pode concluir que a visão estatalista da sociedade internacional, que caiu por terra com a ascensão do direito internacional dos direitos humanos, não foi algo ínsito às normas de direito das gentes em sua origem.

Por conseguinte, sendo o direito internacional humanista em sua origem, deve tal direito ser novamente pautado por valores essencialmente humanistas, donde se sobreleva, portanto, a tutela do ser humano como o maior fim do direito internacional na atualidade.

É justamente nesta toada que a Constituição Federal de 1988, fruto de intenso debate da população, bem como plenamente em sintonia com o momento histórico de sua promulgação, não poderia fechar os olhos para essa realidade que tomava grandes proporções, qual seja, o incremento das relações sociais no âmbito internacional, formando-se, para além das sociedades nacionais, uma sociedade internacional, a qual, diante dos horrores da Segunda Guerra Mundial, não mais poderia ser pautada por um viés em que os sujeitos centrais da sociedade internacional girava de forma primária nos Estados e, por outro lado, de forma secundária, nas Organizações Internacionais Intergovernamentais.

Neste diapasão, toda estruturação humana, sendo o fenômeno jurídico uma emanção do atuar do homem, deve ser pautada na figura do ser humano, motivo por que toda ordem jurídica, nacional ou internacional, deve ter a pessoa humana como eixo central de sua formação.

Assim, para se fazer uso de uma expressão maritainiana, a sociedade internacional deve se apresentar como sendo uma sociedade eminentemente personalista, eis que essa deve ser uma

característica indelével de toda sociedade temporal contemporânea que tenha como pressuposto um humanismo integral.

2.4 Os direitos humanos e sua(s) nomenclatura(s)

O objetivo do presente trabalho é analisar a vinculação dos juízes nacionais às decisões prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de uma ótica em que se enxerga ditas decisões como precedentes para o Poder Judiciário brasileiro.

Assim, entende-se que se mostra relevante se estabelecer desde já a nomenclatura dos direitos a serem tutelados por via dos precedentes da Corte de San José.

O estabelecimento desta nomenclatura se mostra pertinente na medida em que existem doutrinas, conforme se verá mais abaixo, que propugnam uma divisão, qual seja, de um lado os direitos humanos, tutelados pela ordem internacional, e de outro lado os direitos fundamentais, tutelados pelas ordens estatais.

Essa divisão, se não bem vistas as coisas, pode gerar o entendimento de que diante da diversidade de nomenclatura, tem-se objetos distintos, daí o porquê de as decisões da Corte Interamericana não poderem gerar precedentes para o direito brasileiro em face da diversidade de objetos, o que, por óbvio, trata-se de uma visão errônea.

Como visto acima, o direito internacional público tem passado por uma verdadeira revolução, tendo o ser humano se colocado de maneira definitiva como sujeito central do direito das gentes, alcançando-se, por conseguinte, uma verdadeira humanização do direito internacional, a qual, por óbvio, deve prosseguir.

Ora, diante desta humanização do direito internacional, um ramo do conhecimento que desponta de maneira indubitável é o Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujo objeto de estudo por excelência é o conjunto de direitos essenciais à garantia plena da dignidade da pessoa humana, verdadeira pedra de toque de todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a visão de que a garantia de tais direitos era um assunto reservado com exclusividade à atuação interna dos Estados não mais tem justificativa.

Neste diapasão, verifica-se uma necessária conjugação de esforços entre o direito interno e o direito internacional na busca por uma efetiva salvaguarda dos direitos essenciais à pessoa humana. Pois bem, diante de tal quadro, e tendo em vista a centralidade que os direitos humanos têm hoje em dia para o direito internacional, mister se faz a análise terminológica deste conjunto de direitos imprescindíveis à pessoa humana.

Assim, ao se iniciar a abordagem dos direitos humanos, um dos primeiros problemas que se apresentam diz respeito à correta nomenclatura a ser empregada sobre esse objeto de estudo, eis que para que se possa dar sequência a qualquer trabalho, mister se faz que primeiramente se analise a terminologia a ser empregada, ainda mais se for levado em consideração o fato de que o direito e seus institutos apresentam por natureza uma comunicação que é vazada em termos essencialmente vagos.

Acerca da importância de uma delimitação conceitual como ponto de partida, sempre que tal delimitação se faça possível, lapidares são as palavras de Galindo (2006, p. 23) ao aduzir que “Justamente por esta plurivocidade semântica, o esclarecimento dos pontos de partida se faz necessário para evitar, tanto quanto possível, o déficit comunicativo, algo lamentavelmente tão comum em nosso ramo do conhecimento.”

Pois bem, no que toca à terminologia a ser empregada, ou ao menos, se não quisermos ter uma pretensão de definitividade, a melhor terminologia a ser usada, quando se faz referência aos direitos essenciais das pessoas, a doutrina não apresenta uma proposta homogênea, indicando, ao contrário, uma nomenclatura deveras diversificada para o trato do que se quer dizer quando se faz alusão “aos direitos humanos”, esclarecendo-se, desde já, que para os fins do presente trabalho, usar-se-á as expressões direitos fundamentais e direitos humanos como equivalentes, pelas razões que serão melhor delineadas logo à frente.

Dessarte, com o intuito de nominar os direitos essenciais que se destinam a garantir minimamente a dignidade da pessoa humana, uma das primeiras nomenclaturas utilizadas foi a que chamou tais direitos de “direitos naturais”, os quais seriam assim nominados por serem uma decorrência da natureza humana, isto é, seriam aqueles direitos que já pertenciam à pessoa humana no próprio estado de natureza, portanto, seriam direitos anteriores à formação do Estado. (RAMOS, 2013a, p. 35-36).

Porém, se tal forma de se enxergar esses direitos foi útil no primeiro momento a fim de se opor ao poder absoluto do Estado, o curso da história demonstrou que não se prospera essa condição de direitos decorrentes da natureza humana, na medida em que tal visão cede diante da evidente historicidade de que se revestem os direitos humanos. Acerca da historicidade destes direitos, Bobbio (2004, p. 32) aduz que “Sabemos hoje que os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação.”

De acordo com a doutrina de Ramos (2013a, p. 36-37), vê-se que a fim de se identificar tais direitos também se usam expressões como direitos dos homens, direitos individuais e liberdades públicas, expressões às quais o mencionado autor tece algumas críticas.

Quanto à utilização da expressão direitos do homem, verifica-se que a mesma tem uma origem ligada ao jusnaturalismo, perdendo-se, por conseguinte, no curso dos acontecimentos históricos, onde ficou evidenciada a historicidade dos direitos humanos, conforme já visto acima; tendo tal nomenclatura cedido espaço também em razão de um caráter excludente de tal expressão na medida em que se estaria deixando de lado os direitos das mulheres. (RAMOS, 2013a, p. 36).

No que pertine à expressão direitos individuais, tece-se a crítica quanto à incompletude de tal terminologia, eis que a mesma estaria adstrita aos direitos identificados como direitos de primeira dimensão, apresentando assim uma visão extremamente parcial do fenômeno dos direitos humanos. (RAMOS, 2013a, p. 36).

Ademais, críticas também são endereçadas à expressão liberdades públicas, eis que tal expressão estaria focando apenas nas relações que se travam entre o poder público e os cidadãos, sendo que tais críticas se fundam no fato de os direitos humanos, apesar de terem surgido em um primeiro momento como instrumentos de limitação do poder estatal, nos dias de hoje têm amplamente reconhecida a sua eficácia horizontal, isto é, os direitos humanos geram sujeição não apenas nas relações poder público e particular, mas também nas relações que se estabelecem entre os particulares. (RAMOS, 2013a, p. 36-37).

Ainda com o intuito de se procurar uma terminologia que melhor expresse o conjunto dos direitos que são essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana, agora se valendo das lições de Mazzuoli (2017, p. 23), observa-se que o mesmo opta pela expressão direitos humanos, os quais têm como fonte normativa de proteção imediata as normas oriundas do direito internacional público, tendo Mazzuoli lecionado no sentido de que ao se falar em direitos humanos, deve-se ter em mente que se está aludindo a direitos que são garantidos por normas de *status* internacional, estando tal expressão, por conseguinte, ligada ao Direito Internacional Público.

Ainda de acordo com as lições de Mazzuoli (2017, p. 25-28), existem terminologias que se aproximam daquela acima aventada, as quais podem causar certa confusão com a terminologia direitos humanos, quais sejam, direitos do homem e direitos fundamentais.

Pois bem, para o mencionado autor, em sentido similar ao propugnado por Ramos e dantes referido, direitos do homem seria uma expressão de cunho essencialmente jusnaturalista, isto é, representam direitos inatos à natureza humana que ainda não se encontram positivados, seja na ordem internacional, seja na ordem interna dos Estados (MAZZUOLI, 2017, p. 26).

Como crítica a tal expressão, o autor indica o fato de que, diante da notória expansão na positivação dos direitos essenciais à pessoa humana, seja pela ordem internacional, seja pelas

ordens internas dos Estados, dificilmente se consegue cogitar de direitos inatos ao ser humano que ainda carecem de positivação, bem como o fato de a expressão “direitos do homem” trazer em si uma certa carga de exclusão na medida em que pode vir a sugerir uma certa discriminação no que tange aos direitos da mulher (MAZZUOLI, 2017, p. 26).

Quanto à expressão direitos fundamentais, o mencionado autor reserva tal expressão para os direitos essenciais da pessoa humana que estão positivados no interior das ordens jurídicas dos Estados, gozando, por conseguinte, da proteção interna dos direitos estatais, podendo para tanto se recorrer às Cortes Judiciárias dos respectivos Estados em cuja jurisdição vier a ocorrer uma eventual violação destas normas de direitos fundamentais (MAZZUOLI, 2017, p. 27).

Em sentido semelhante ao propugnado por Mazzuoli, para quem, conforme dantes visto, a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais se daria no âmbito de proteção dos respectivos direitos, eis que os direitos humanos estariam positivados em normas de direito internacional público, ao passo que os direitos fundamentais estariam positivados nas ordens jurídicas dos respectivos Estados, é a lição exposta por Azevedo Neto (2017, p. 51).

Ao final, Azevedo Neto (2017, p. 51) propõe a junção dos dois termos, direitos humanos e direitos fundamentais, valendo-se, portanto, da expressão direitos humanos fundamentais no caso dos direitos inerentes à pessoa humana e que são protegidos no interior das ordens jurídicas dos Estados ao assim aduzir:

Nessa toada, os direitos sociais podem se caracterizar como *humanos* ou *fundamentais*, conforme o instrumento normativo e o tribunal em que são pleiteados: *humanos*, se assegurados em normas internacionais e postulados em cortes internacionais, e *fundamentais*, se garantidos em textos constitucionais e requeridos a tribunais internos, ou até mesmo neste último caso, ***humanos fundamentais***, sendo que, de todo modo, em qualquer caso, mantém a sua essência de mais lídima e pura expressão da justiça, como quer que sejam classificados. (AZEVEDO NETO, 2017, p. 51, grifos nossos).

Voltando-se aos ensinamentos de Ramos (2013a, p. 34-39), os quais são adotados no presente trabalho para os fins do estabelecimento da nomenclatura quanto ao conjunto de direitos essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana, vê-se que o mencionado autor, após tecer considerações sobre a terminologia adotada por diversos autores, bem como sobre aquela positivada em inúmeros textos de direito internacional, posiciona-se ao fim pela utilização de forma indistinta entre os termos direitos humanos e direitos fundamentais.

Para Ramos (2013a, p. 34-39) a distinção entre tais termos tendo como referência a origem normativa de proteção destes direitos, isto é, se normativa internacional ou interna, perde a relevância a partir do momento em que resta constatada a expansão de proteção dos direitos

essenciais ao indivíduo tanto na ordem internacional, quanto nas ordens internas, culminando, por conseguinte, com a aproximação entre essas ordens.

Ainda com a intenção de se demonstrar a opção doutrinária acerca da nomenclatura empregada para se qualificar esses direitos essenciais que visam a garantir uma vida digna às pessoas, mencione-se o pensamento de Guerra (2017, p. 41-51), o qual, ao discorrer acerca da opção terminológica de vários autores, traz um trecho em que se posiciona de modo semelhante àquele acima aventado por Ramos.

Com efeito, realçando-se de certa forma a irrelevância da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, Guerra (2017, p. 51) se posiciona no sentido de que, sejam os direitos resguardados pela órbita internacional ou interna, deve-se ter em mente que eles sempre terão por escopo a proteção da dignidade e das condições mínimas para a pessoa, promovendo-se limitações ao poder estatal e de particulares.

Pois bem, demonstrada a grande gama de terminologias que são doutrinariamente utilizadas para nominar esses direitos essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana, bem como se verificando que a expansão de positivação destes direitos essenciais ao indivíduo, seja pela ordem internacional, seja pelas ordens internas dos Estados, dá-se com uma variada utilização de termos, para os fins do presente trabalho, adotar-se-á a posição sufragada por Ramos e Guerra no sentido de se utilizar indiferentemente os termos direitos humanos e direitos fundamentais.

Tal opção unificadora das nomenclaturas se justifica na medida em que o escopo do presente trabalho é tentar procurar formas de maximizar a tutela dos direitos essenciais à pessoa humana a partir do sistema de precedentes trazido pelo novo Código de Processo Civil, partindo-se para tanto de uma visão em que se almeja colocar a Corte Interamericana de Direitos Humanos como a legítima intérprete dos direitos essenciais ao ser humano em nosso sistema internacional regional de proteção.

Tal postura de se guiar pela indiferença dos termos direitos humanos e direitos fundamentais se pauta na constatação da relevância de tal espécie de direitos, os quais orientam no sentido de um necessário diálogo entre as Cortes Internacionais e as Cortes nacionais na busca por uma maior efetividade dos direitos essenciais à pessoa humana, não se podendo perder de vista a incidência do postulado da busca pela melhor interpretação para o homem, isto é, o princípio *pro homine*, como orientador deste diálogo e que pressupõe a unidade de objetos.

Assim, diferenciar a terminologia de tais direitos a partir do sistema normativo em que os mesmos se encontram positivados, pode trazer uma errônea percepção de que se tratariam de direitos diversos e que, portanto, não haveria que se falar na possibilidade de diálogo entre

cortes, ou mesmo na possibilidade de se colocar a Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma corte de precedentes para o Brasil em matéria destes direitos essenciais, conclusões a que se poderia chegar, repita-se, a partir de uma confusão terminológica, daí o porquê da opção, para os fins do presente trabalho, de se tomar as expressões direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimas.

2.5 A internacionalização dos direitos humanos - a universalidade e a superioridade normativa como caracteres determinantes na estruturação de qualquer processo no âmbito interno em que se busca a promoção da tutela de tais direitos

Conforme se viu acima, os direitos humanos ganham uma condição de proeminência no cenário jurídico atual, tendo influenciado sobremaneira a forma como se encara nos dias de hoje o direito internacional, ao ponto de se conferir uma grande relevância ao direito internacional dos direitos humanos no bojo do direito das gentes.

Essa relevância que se confere hodiernamente aos direitos humanos é em grande medida furto dos horrores ocorridos no bojo da Segunda Guerra Mundial, não devendo, entretanto, supor-se que a preocupação internacional com tais direitos começa a se verificar apenas após o fim daquele conflito.

Assim, a fim de se demonstrar que a tutela dos direitos humanos começa a se verificar na ordem internacional ainda em período anterior à Segunda Guerra Mundial, precisas são as palavras de Ramos (2013a, p. 51), no sentido de que “No caso dos direitos humanos, a internacionalização em sentido amplo dessa temática apresenta-se incipiente, embora fragmentada e com motivação diversa, desde o século XIX e início do século XX.”

Por outro lado, há de ser esclarecido que para o mencionado autor esse período de preocupação internacional para com os direitos essenciais à pessoa humana anterior à Segunda Grande Guerra é chamado de internacionalização em sentido amplo dos direitos humanos, apresentando tal período, dentre outras características, a existência de normas de direito internacional regulando a matéria de uma forma mais assistemática, quando comparado com a regulamentação que se tem nos tempos atuais. (RAMOS, 2013a, p. 51).

Acerca das características apresentadas por esse período de internacionalização em sentido amplo dos direitos humanos, Ramos (2013a, p. 52) afirma que tal período apresenta as seguintes peculiaridades: a) o fato de que nem todos os direitos essenciais ao ser humano eram protegidos; b) o fato de a preocupação com o ser humano ter ficado condicionada à presença de alguma situação específica, como, por exemplo, na proteção das minorias; c) a inexistência de

acesso a instâncias internacionais de fiscalização; d) e ainda o fato de que, em algumas situações, havia certa confusão entre os direitos das pessoas e os do Estado, tal qual podia ser verificado no instituto da proteção diplomática.

Em seguida a esse período de internacionalização ampla dos direitos humanos, teve-se início o período de internacionalização em sentido estrito de tais direitos, o qual, ainda de acordo com as lições de Ramos (2013a, p. 53), teve como causa remota essas normas esparsas de tutela de alguns dos direitos essenciais, apresentando-se a nova organização da sociedade internacional pós Segunda Guerra Mundial como a causa próxima dessa nova fase de internacionalização dos direitos humanos.

Esse período de internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos apresenta como grandes marcas o fato de que tal internacionalização se apresenta de forma sistemática, bem como também se passa a contar com a possibilidade de se recorrer a instâncias internacionais de proteção na falha dos Estados. (RAMOS, 2013a, p. 53-59).

Acerca da sistematização das normas como algo marcante para a internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, Ramos (2013a, p. 52) leciona que:

Essas normas esparsas, entretanto, são meros antecedentes da internacionalização em sentido estrito dos direitos humanos, que consiste, como veremos abaixo, na criação de um corpo sistematizado e coerente de normas, com princípios, objeto e metodologia próprios, o que inexistia na época de tais antecedentes.

Assim, como consequência inexorável dessa maior sistematização do trato da matéria dos direitos humanos se verifica a possibilidade de se elencar um rol de caracteres que conferem organicidade ao conjunto dos direitos essenciais à pessoa humana.

Buscando elencar os caracteres decorrentes dessa maior sistematização dos direitos humanos, valendo-se das lições de Mazzuoli (2017, p. 32-35), os direitos humanos apresentam como características a historicidade, a essencialidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a inexauribilidade, a imprescritibilidade e a vedação do retrocesso.

Por sua vez, Guerra (2017, p. 247-250) elenca como características dos direitos humanos, para além da universalidade, da indivisibilidade e da interdependência, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade e a inerência.

Das lições preconizadas por Ramos (2013a, p. 138-247), depreende-se como características dos direitos humanos, a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência, a superioridade normativa, a indisponibilidade, a limitabilidade, o caráter *erga omnes*, a exigibilidade, a abertura, a aplicabilidade imediata, a dimensão objetiva, a proteção penal, a proibição do retrocesso e a eficácia horizontal.

Neste diapasão, há que se reiterar que tais características são oriundas da consolidação que se tem verificado no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo que tal consolidação, por sua vez, é fruto da grande quantidade de tratados de direitos humanos que têm sido elaborados no seio da sociedade internacional, bem como do funcionamento dos órgãos de tutela de tais direitos, dando-se especial destaque para o papel desempenhado pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, com maior ênfase ainda, no caso brasileiro, à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (RAMOS, 2013a, p. 137).

Neste momento, identificados alguns caracteres que compõem o conjunto dos direitos essenciais à pessoa humana e que são frutos desta maior sistematização por que tais direitos têm passado, é de se ressaltar que tais caracteres ganham relevo para os fins do presente trabalho na medida em que se sustentará no último capítulo uma (re)leitura do instituto da reclamação a partir do sistema de precedentes do Novo Código de Processo Civil com vistas a se promover a tutela dos precedentes da Corte de San José, oportunidade em que os caracteres dos direitos ganham relevo tendo em vista que no Estado Constitucional o processo deve ser modelado a partir de técnicas que são uma exigência das características do direito material que se esteja a tutelar no caso concreto.

Assim, verificado o conjunto dos caracteres dos direitos humanos, bem como a importância que estes caracteres têm a fim de determinar uma necessária (re)configuração que deve se proceder no processo judicial com vistas a se concretizar as tutelas prometidas pelo direito material, dar-se-á, para os fins do presente trabalho, maior proeminência aos caracteres da universalidade e da superioridade normativa, os quais ganham relevo no momento de fundamentar a necessária (re)leitura por que deve passar o instituto da reclamação com vistas a se promover a tutela integral dos precedentes da Corte Interamericana.

2.5.1 Da universalidade

Acerca da universalidade, tem-se que tal característica quer significar que os direitos humanos, por tutelarem valores mínimos e que são essenciais para as pessoas, pertencem a todo o gênero humano sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, dentre outros discrimines que possam existir entre as pessoas, os quais, portanto, não se apresentam como hábeis para gerar por si sós tratamentos díspares, ou seja, a universalidade dos direitos humanos tem como único pressuposto para a sua incidência a qualidade de pessoa do eventual beneficiário do direito a ser tutelado.

Conforme já delineado acima, em um primeiro momento de internacionalização dos direitos humanos, que fora chamado por Ramos (2013a, p. 51-52) como período de internacionalização em sentido amplo, um dos traços marcantes de tal momento foi justamente o fato de que os instrumentos internacionais focavam pessoas que se encontravam em uma situação específica, os refugiados, *exempli gratia*.

Em um segundo momento de internacionalização dos direitos humanos, chamado pelo mencionado autor de período da internacionalização em sentido estrito de tais direitos, verifica-se de forma definitiva no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos a concretização dessa lógica contemporânea da universalidade dos direitos da pessoa humana no sentido de se conferir os direitos essenciais à pessoa da forma mais irrestrita possível. (RAMOS, 2013a, p. 53-57).

Ademais, é justamente a partir desta concepção de universalização dos direitos humanos que se promove a alteração da própria lógica que guiava o direito internacional, segundo a qual tal direito seria um ramo do conhecimento jurídico que teria como principal objeto as relações travadas entre os Estados no seio da sociedade internacional, sujeitos por excelência do direito internacional.

Com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, a pessoa humana é alçada à condição de sujeito do direito internacional, tendo trazido como consequência inexorável um ganho de importância ao Direito Internacional dos Direitos Humanos até então não visto, dando-se proeminência, portanto, à universalidade de tais direitos.

Porém, há que se ressaltar que a universalidade dos direitos humanos não é aceita sem que a tal característica seja oposta alguma crítica.

De acordo com as lições de Ramos (2013a, p. 164-170), pode-se depreender que contra a universalidade dos direitos humanos podem ser opostas críticas de ordem filosófica, críticas quanto à falta de adesão dos Estados, bem como críticas de ordem geopolítica, cultural e desenvolvimentista.

Das críticas acima mencionadas, destaca-se aqui a que tem um fundamento geopolítico, sendo que de acordo com tal crítica, os Estados darão maior ênfase na tutela dos direitos humanos de acordo com os interesses políticos e econômicos que são perseguidos pelos mesmos. (RAMOS, 2013a, p. 166-167).

Porém, a tal crítica Ramos (2013a, p. 172) opõe o fato de que tal comportamento dos Estados não é limitado ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo em verdade um comportamento geral que os Estados apresentam quanto ao Direito Internacional como um todo,

o que caracteriza, portanto, um comportamento extremamente seletivo por parte dos entes estatais no âmbito da sociedade internacional.

Ademais, Ramos (2013a, p. 173) ainda chama a atenção para o fato de que é justamente no seio do Direito Internacional dos Direitos Humanos que se tem criado uma série de métodos coletivos de tutela de tais direitos, retirando-se dos Estados sua atuação baseada em uma discricionariedade política, o que em última análise garante sobremaneira a universalidade dos direitos humanos.

Ainda no que tange a críticas opostas à universalidade dos direitos humanos, principalmente a uma universalidade pautada em valores única e exclusivamente ocidentais, crítica interessante pode ser atribuída a Supiot (2007, p. 241-255), onde o mesmo fala acerca de um fundamentalismo dos direitos humanos no ocidente.

Segundo o mencionado autor, esse fundamentalismo poderia se verificar mediante o messianismo, o comunitarismo e o cientificismo. A figura do messianismo ocorre a partir do momento em que se procura impor uma interpretação literal dos direitos humanos. O comunitarismo se dá quando se enxerga nos direitos humanos uma nota de superioridade do ocidente. Por fim, tem-se a figura do cientificismo quando se tem uma interpretação dos direitos humanos a partir dos dogmas da biologia e da economia. (SUPIOT, 2007, p. 241-255).

Por outro lado, em que pese várias objeções levantadas à pretensão de universalidade dos direitos humanos, não se pode perder de vista que mesmo após a proclamação da Declaração dos Direitos Humanos no ano de 1948, já ocorreram duas conferências internacionais de Direitos Humanos nas quais tal caractere fora reforçado.

A primeira dessas conferências foi realizada em Teerã no ano de 1968 e a segunda realizada em Viena no ano de 1993, sendo que ao final de ambas as conferências se emitiu uma proclamação, onde se reafirmou o caráter de universalidade de que se deve revestir tais direitos.

Assim, com vistas a reafirmar a universalidade dos direitos humanos, o artigo primeiro da declaração de Teerã enuncia que é indispensável que a comunidade internacional cumpra a sua obrigação solene de fomentar e incentivar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção nenhuma por motivos de raça, cor, sexo, idioma ou opiniões políticas ou de qualquer outra espécie.

Neste mesmo sentido é a declaração da conferência dos direitos humanos realizada em Viena ao enunciar em seu artigo quinto que “Todos os direitos dos homens são universais [...]”

Destarte, pode-se depreender que a universalidade dos direitos humanos é uma consequência natural da dignidade da pessoa humana, daí o porquê de não se conceber a ideia

de se dar uma primazia a realidades locais em detrimento da universalidade dos direitos fundamentais da pessoa.

Por fim, para os fins do presente trabalho, em que se busca legitimar a Corte Interamericana como intérprete da Convenção Americana, gerando-se, por conseguinte, precedentes obrigatórios para o direito interno brasileiro, a questão da universalidade dos direitos humanos adquire um relevo de suma importância, eis que, conforme será melhor desenvolvido no quarto capítulo, diante da necessidade oriunda dos valores do Estado Constitucional de se formatar o processo com técnicas processuais pensadas a partir dos caracteres do direito material, a busca de fundamentação da reclamação como meio de efetivação dos precedentes da Corte Interamericana, objeto deste trabalho, surge como uma exigência da própria universalidade de que se revestem os direitos humanos.

2.5.2 Da superioridade normativa

Quanto à superioridade normativa, segundo as lições propugnadas por Ramos (2013a, p. 138-156), verifica-se que a superioridade jurídica das normas que estipulam esses direitos garantidores dos bens jurídicos essenciais para o ser humano pode ser analisada tanto de um ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista do direito internacional.

No que pertine ao direito interno, a superioridade normativa destes direitos pode ser facilmente depreendida pelo fato de que os mesmos vêm positivados na ordem jurídica constitucional dos Estados, sendo que, no caso da Constituição Federal brasileira, tais direitos são postos entre os direitos e garantias fundamentais. (RAMOS, 2013a, p. 138).

O fato destes direitos serem dispostos como fundamentais fazem com que os mesmos contem com o *status* de cláusulas pétreas, consoante pode ser observado do quanto disposto no art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna, motivo por que estes direitos desfrutem de uma supremacia tanto de cunho formal, quanto de cunho material no interior da ordem jurídica brasileira. (RAMOS, 2013a, p. 138).

Por outro lado, no que pertine à constatação da superioridade normativa de tais direitos no âmbito do direito internacional, tal superioridade decorre do que o autor acima mencionado denomina de “normas imperativas em sentido estrito.” (RAMOS, 2013a, p. 138).

Tal imperatividade em sentido estrito faz com que essas normas sejam normas de *jus cogens*, as quais, por seu turno, podem ser conceituadas como sendo aquelas normas jurídicas que tutelam valores que são considerados essenciais para a ordem jurídica internacional, daí

decorrendo, portanto, a sua superioridade com relação às demais normas jurídicas do direito internacional. (RAMOS, 2013a, p. 138-139).

Ademais, deve-se ressaltar o fato que é lembrado pelo mencionado autor no sentido de que ao se denominar tais normas como “normas imperativas em sentido estrito” não se quer dizer que esta imperatividade das normas jurídicas garantidoras dos direitos fundamentais da pessoa humana e que se encontram positivadas no Direito Internacional as tornem obrigatórias, ao passo que as demais normas jurídicas oriundas da sociedade internacional não se apresentariam como sendo obrigatórias. (RAMOS, 2013a, p. 138-139).

Ora, uma vez que todas as normas jurídicas têm como característica essencial o fato de sua obrigatoriedade, por “normas imperativas em sentido estrito” se quer apenas realçar o fato da superioridade jurídica das normas garantidoras dos direitos essenciais à pessoa humana quando comparada com as demais normas jurídicas. (RAMOS, 2013a, p. 139).

Portanto, quando se chama as normas tutelares dos direitos humanos na órbita internacional como “normas imperativas em sentido estrito”, em verdade se quer realçar o fato de que tais normas não podem ser derogadas ou alteradas pela vontade de um único Estado, devendo para tanto concorrer a vontade da comunidade internacional como um todo. (RAMOS, 2013a, p. 139).

Ainda de acordo com as lições propugnadas por Ramos (2013a, p. 144), a consolidação histórica do conceito de quais seriam as normas de *jus cogens* é bastante vacilante, sendo que a solidificação efetiva de tal conceito surge no âmbito do direito internacional quando da elaboração da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados de 1969, a qual versou sobre tal conceito em seus artigos 53¹, 64² e 71³, sendo que quanto a tal evolução histórica, Ramos (2013a, p. 139-144) se manifesta nos seguintes termos:

¹ É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

² Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

³ 1. No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a:
a) eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e
b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral.
2. Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado:
a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado;
b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.

Coube à Convenção Internacional sobre os Direitos dos Tratados de Viena (CVDT, 1969) o papel de explicitar o conceito de *jus cogens* ou norma imperativa no Direito Internacional, em seus artigos 53, 64 e 71. [...]. Com isso, o caminho rumo ao conhecimento da superioridade normativa de algumas normas internacionais é tortuoso e a prática dos Estados era, para dizer o mínimo, errática e ao sabor dos seus interesses geopolíticos. Assim, em que pesem as inúmeras manifestações favoráveis da doutrina e do voto dissidente de membros de Tribunais Internacionais, a contribuição da Comissão de Direito Internacional (CDI), ao introduzir o conceito de *jus cogens* no projeto de Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados (CVDT), foi imensa, pois serviu para dar o decisivo rumo à cristalização, nas décadas seguintes, desse conceito como *costume internacional*. VILLIGER chega ao ponto de considerar o artigo 53, que trata de *jus cogens*, um dos “mais importantes” de toda a CVDT.

Ademais, há de se ressaltar que apesar de a Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados ter versado acerca do conceito de *jus cogens*, o conjunto de quais normas internacionais comporiam tal categoria de normas jurídicas foi deixado em aberto devido à circunstância de que tal explicitação teria como consequência o fato de tardar em demasia a conclusão do mencionado tratado, bem como se buscou evitar o engessamento de tal corpo de normas, causando-se, por consequência, a fossilização das mesmas (RAMOS, 2013a, p. 146-147), daí o porquê o conjunto de quais normas oriundas do direito internacional são partes do conjunto das normas imperativas em sentido estrito é algo que varia de autor para autor.

Assim, de acordo com a abalizada lição de Ramos (2013a, p. 147-154), o rol das normas de *jus cogens*, na visão por ele proposta, seria composto pelas normas que trazem a proibição do uso ilegítimo da força, agressão e guerra de conquista; o princípio da autodeterminação dos povos e as normas cogentes de direitos humanos.

Destarte, verificada a superioridade normativa dos direitos humanos, volta-se a frisar que como o objeto do presente trabalho é a busca de se analisar a possibilidade de utilização da reclamação como instrumento processual de efetivação dos precedentes da Corte Interamericana, a superioridade normativa de tais direitos também ganha relevo.

Tal relevo conferido à superioridade normativa dos direitos humanos se deve ao fato de se levar em consideração que no Estado Constitucional, conforme se verá no quarto capítulo, existe uma necessidade de aproximação entre o direito processual e o direito material a fim de se estruturar o processo a partir das características do direito material, motivo por que a superioridade normativa das normas consagradoras dos direitos humanos também se apresenta como mais um fundamento a demonstrar a necessidade de busca de uma estruturação processual no âmbito dos direitos internos dos países em consonância com os direitos humanos, estruturação essa apta a tutelar tais direitos, inclusive, de acordo com os seus precedentes.

2.6 O compromisso da carta magna brasileira para com a sociedade internacional: a devida atenção aos direitos humanos e aos tribunais internacionais

A Constituição Federal é o instrumento normativo que institui a sociedade politicamente organizada, sendo lá, por conseguinte, o *locus* onde se deve buscar as linhas mestras que orientam todo o ordenamento jurídico de um dado Estado, daí o porquê de a simples decomposição da palavra Constituição ser eloquente no que pertine à árdua tarefa deste instrumento normativo, isto é, Constituição não quer significar outra coisa senão a ação de constituir.

Assim, torna-se pertinente que neste tópico se observe o grau de importância que a Constituição, já em 1988, conferiu a essa realidade de um crescente quadro de relações travadas no seio da sociedade internacional, com o consequente ganho de importância que deve ser conferido ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como a relevância que a Constituição Federal deu aos tribunais internacionais na busca por tutela aos direitos humanos.

Com essa missão, a de constituir o novo Estado brasileiro, a Carta Magna de 1988, fruto de um intenso debate da sociedade brasileira, apresentou-se com um compromisso especial para com essa nova sociedade internacional, a qual deve ser pautada pela centralidade do ser humano na concepção das normas reitoras desta sociedade, não se descurando da necessária relação que deve existir entre as normas oriundas do direito internacional e aquelas originadas no direito interno de cada país.

Desde já deve ser ressaltada que essa interdependência entre as ordens internacionais e nacionais que baliza a sociedade hodierna já havia sido observada por Maritain (1956, p. 221), o qual já demonstrava a preocupação de que essa interdependência se desse para além do aspecto meramente econômico, ao assim vaticinar:

O fato fundamental é a interdependência, já hoje indiscutível, das nações, fato esse que não é garantia alguma de paz, como muita gente por certo tempo acreditou, por querer acreditar, mas antes uma expectativa de guerra. Por que isso? Porque essa interdependência entre as nações é, por excelência, uma interdependência econômica, não uma interdependência politicamente organizada, desejada e construída. Em outros termos, é por ter surgido essa interdependência em virtude de processos técnicos ou materiais e não em consequência de um processo simultâneo genuinamente político ou racional.

Nessa análise do tratamento dado pela *Lex Mater* à ordem internacional, não se pode perder de vista o quanto preceituado pelo art. 4^o, ao preconizar como princípios de regência de

⁴ Art. 4^o A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

conduta do Estado brasileiro nas relações internacionais, dentre outros, a prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, devendo ainda ser ressaltado o quanto prescrito no parágrafo único deste artigo, ao dispor que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Ainda no trato da questão desta temática, segundo Bulos (2014, p. 523), o mesmo observa que “Assim, o Estado brasileiro, por determinação constitucional, ficou autorizado a integrar-se em uma comunidade latino-americana de nações. O objetivo foi estabelecer a homogeneidade entre os povos da América Latina [...]”

Outros dispositivos nesta análise da importância que fora dada pelo legislador constituinte a esse fenômeno da hodierna sociedade internacional e às relações que daí derivam, é o quanto estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal, sendo este último parágrafo fruto da emenda constitucional nº 45 de 2004.

O primeiro desses dispositivos, o § 2º do art. 5º, preconiza que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, ao passo que o § 3º, fruto do poder constituinte derivado reformador, preceitua que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Diante de tais dispositivos e independentemente da posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao grau hierárquico a ser conferido aos tratados internacionais de direitos humanos, e que será analisado mais à frente, é fato inconteste que dos preceitos acima mencionados, sem prejuízo de outros que existem ao longo do texto constitucional, vê-se que o constituinte de 1988 conferiu uma importância à ordem internacional que não pode ser descurada pelo jurista, sendo que também se deve ter em mente que ao se instituir uma ordem

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

jurídica, no caso em análise, a ordem jurídica internacional, não se deve destituí-la de eficácia, como se fossem meras promessas lançadas ao vento.

Daí o porquê da consciência de que deve se revestir o jurista contemporâneo no sentido de que, diante da importância conferida ao direito internacional na sociedade hodierna, com maior proeminência ainda devendo ser dada ao direito internacional dos direitos humanos, igual reverência deve ser atribuída aos tribunais internacionais de direitos humanos, sendo que, no caso brasileiro, uma atenção toda especial deve ser voltada à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tal se justifica na medida em que tais tribunais devem ser vistos como verdadeiros guardiões dos tratados internacionais de direitos humanos, através de um controle de convencionalidade dos atos estatais, devendo-se garantir, por via de consequência, a plena exequibilidade por parte dos Estados das decisões emanadas desses tribunais, incluindo o respeito à interpretação por eles fixadas, sem que a soberania possa ser usada como argumento para a não implementação das decisões emanadas daqueles tribunais no plano do direito interno de cada país.

Versando sobre como a soberania é vista hodiernamente, Varela (2012, p. 265) leciona que “não é mais concebida como um poder absoluto e incondicional; é um conjunto de competências exercidas no interesse geral da população nacional, mas também, ainda que em menor medida, de acordo com os interesses gerais da comunidade internacional [...]”

Acerca da importância dos Tribunais Internacionais na atualidade para que se possa melhor compreender o tratamento conferido contemporaneamente aos direitos humanos, é de se recorrer às lições de Trindade (2015, p. 147), o qual leciona que a existência de tribunais internacionais hodiernamente são uma comprovação da concretização da antiga visão de efetivação da justiça em um nível internacional, sendo que as jurisprudências da Corte Interamericana e Europeia têm ajudado na sedimentação da jurisdição internacional, bem como no desenvolvimento do Direito Internacional na atualidade.

Como se pôde ver pelo quadro acima narrado, demonstrando-se a importância conferida pela Constituição Federal à sociedade internacional e ao direito internacional dos direitos humanos, não se pode cogitar na sociedade atual de um jurista que esteja descompromissado com a análise do outro, isto é, ainda preso naquele conceito estrito de soberania do Estado Nacional, tendo havido, portanto, uma superação da vetusta visão do conceito de soberania.

Por fim, é chegada a hora de se entender o direito internacional, em específico o que é aqui objeto de análise, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, para além dos textos

positivados em tratados, não se esquecendo das outras fontes que regem o direito internacional, tal qual previsto no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Ora, como decorrência de se ver o direito internacional a partir da pluralidade de fontes mencionada acima, deve ser prestada a devida atenção à interpretação que os Tribunais Internacionais, em particular os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, conferem a tais direitos, valendo-se aqui dos ensinamentos de Alexy (2017, p. 34-35), segundo o qual, em decorrência da abertura que é conferida à positivação dos direitos fundamentais, conhecer a jurisprudência quanto a tais direitos se torna imprescindível para a compreensão dos mesmos, apresentando-se a jurisprudência, portanto, como uma dimensão empírica do fenômeno da dogmática jurídica.

2.7 A (conturbada) relação entre o direito internacional e o direito interno: a paridade normativa entre os tratados de direito internacional e a legislação infraconstitucional

Cada vez mais a temática dos direitos humanos ganha força no cotidiano jurídico do Brasil, eis que o país se tornou parte nos últimos anos de inúmeros tratados que versam sobre tal matéria, bem como também reconheceu a competência de diversas instâncias internacionais para analisar casos nos quais o país tenha supostamente violado aqueles direitos protegidos.

Esse ganho de importância que o direito internacional recebe hodiernamente, com maior destaque para o direito internacional dos direitos humanos, levanta a questão de como se verifica a relação entre o direito internacional e o direito interno. Para se responder a tal pergunta, a leitura de tal problemática pode ser feita a partir da ótica do direito internacional, bem como a partir da ótica do direito interno.

Ora, ao mesmo tempo em que o país ingressa em um verdadeiro oceano de normas protetivas do ser humano e que são produtos da sociedade internacional, reconhecendo, inclusive, a competência de órgãos internacionais para apreciar demandas em face do Brasil, tais direitos também são protegidos pela ordem jurídica interna do Estado, com as respectivas competências atribuídas aos tribunais pátrios pela Constituição Federal.

Assim, tal situação gera a indagação acerca da maneira como se verifica essa interação entre o direito interno e o direito internacional, apresentando-se a Constituição de 1988 bastante vaga quanto à matéria, quando não totalmente omissa.

Portanto, dessa produção de normas pela sociedade internacional de um lado e pelo direito interno de outro, surge uma relação entre o direito internacional e o direito interno que

sempre foi marcada por intensos debates, formando-se duas correntes, a monista e a dualista, na tentativa de solver as controvérsias entre as relações dessas normas internacionais e internas.

Pois bem, diante de tal quadro, para a teoria dualista, na relação entre o direito interno e o direito internacional não há que se falar em conflitos na medida em que as normas destes direitos pertencem a ordenamentos jurídicos distintos, não havendo, portanto, que se falar em conflitos entre essas normas. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 224).

Por outro lado, para o monismo, o direito constitui um fenômeno que é dotado de uma unidade, formando um todo sistêmico, daí o porquê o direito internacional público, bem como o direito interno, fazem parte do mesmo sistema jurídico, podendo haver, por conseguinte, um conflito de normas. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 224).

Ademais, dentro do monismo jurídico surge uma divisão daqueles que propugnam por uma primazia do direito interno em caso de conflitos, ao passo que outros apregoam a prevalência do direito internacional no caso de colisão, sendo que na visão da doutrina majoritária brasileira, prevalece a corrente do monismo que confere primazia ao direito internacional. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 224).

Como reflexo dessa primazia conferida ao direito internacional pela doutrina majoritária, duas consequências são extraíveis, quais sejam, a capacidade que os tratados têm de alterar e/ou modificarem a lei interna, bem como a obrigatoriedade que as leis posteriores têm em obedecerem aos tratados. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 224).

Porém, apesar dessas teorias acima mencionadas terem a pretensão de solucionar os possíveis conflitos entre o direito internacional e o direito interno, o fenômeno da relação entre esses direitos também pode ser encarado a partir dos pontos de vista normativo e de decisões judiciais, sendo que tal verificação pode ser extraída a partir de uma ótica internacionalista ou sob uma ótica do direito nacional.

No plano do direito das gentes, observa-se uma posição de indiferença da ordem internacional para com a ordem interna. Para o direito internacional, os atos do Estado, de qualquer dos Poderes, são vistos apenas e tão somente como um fato e caso não se adequem às obrigações internacionais assumidas pelo país, há de ser observada a responsabilidade internacional do Estado.

Ao abordar a forma como o direito interno de um país é visto pela ordem internacional, Ramos (2013a, p. 252) afirma que o direito internacional enxerga o direito nacional como um mero fato, negando o caráter de normas jurídicas às leis nacionais, eis que o direito internacional tem as suas próprias fontes normativas.

Ademais, Ramos (2013a, p. 252) também acrescenta que o estatuto normativo dos tratados, bem como a forma como se dá a incorporação no âmbito interno de um tratado já válido internacionalmente, são matérias irrelevantes para o direito internacional, eis que as escusas inerentes ao direito interno, como a supremacia da Constituição Federal, *exempli gratia*, são ignoradas pelo direito das gentes, em uma atitude de um verdadeiro unilateralismo internacionalista.

A ilustrar o quanto acima mencionado, pode-se mencionar o disposto nos artigos 27 e 46 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, a qual foi incorporada ao direito brasileiro por meio de Decreto nº 7.030 (BRASIL, 2009a).

Segundo o art. 27 da aludida convenção, o mesmo estipula que uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado, ressalvando o disposto no art. 46 daquele tratado.

Por outro lado, o art. 46 da convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados preceitua que um Estado não pode invocar o fato de que o seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação tenha sido manifesta e diga respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

Ademais, a convenção em questão já estabelece que há de ser considerada como manifesta a violação que seja objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda de conformidade com a prática normal e a boa-fé.

A respeito de tais dispositivos insertos na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, Ramos (2013a, p. 253) aduz que apenas em situações muito especiais é que se pode invocar o direito interno como óbice para o descumprimento de um tratado, mas sempre se ressalvando que mesmo nessas excepcionais situações de invocação do direito interno em face do direito internacional, tal situação apenas é possível por uma permissão concedida pelo próprio direito internacional.

Por outro lado, a forma como o direito interno enxerga o direito internacional há de ser buscada na Constituição Federal, sendo que a Constituição brasileira de 1988 se apresenta deveras omissa no trato a ser conferido ao direito internacional, o qual é mencionado em poucos dispositivos.

Assim, como bem destacado por Ramos (2013a, p. 255), a Constituição pátria é bastante lacônica quanto à temática do tratamento a ser conferido ao direito internacional, possuindo poucos artigos que versam sobre a matéria no que pertine aos tratados, sendo que

esses poucos artigos uma vez interpretados pelo Supremo Tribunal Federal estabelecem as linhas gerais nesta seara.

Por outro lado, Ramos (2013a, p. 255) também observa o fato de que as fontes do direito internacional não se resumem aos tratados, sendo o rol de tais fontes bem mais extenso, conforme se pode depreender do quanto estatuído pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, havendo por parte da Carta Magna brasileira uma total omissão quanto às demais fontes do direito internacional.

Neste diapasão, Ramos (2013a, p. 255) leciona que de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, há dois tipos de tratamento a serem dados ao direito internacional perante o ordenamento jurídico pátrio, conforme a norma internacional seja convencional ou extraconvencional. Quando se tratar de normas convencionais, há o processo de formação e incorporação dos tratados, ao passo que quando se tratar de normas extraconvencionais, há o processo de impregnação do direito brasileiro.

Quanto à falta de clareza do texto constitucional no que pertine ao tratamento a ser conferido ao direito internacional pelo ordenamento brasileiro, outra não é a posição de Mazzuoli (2018, p. 49), o qual vaticina que:

Em suma, para além das normas voltadas a regular alguns aspectos da eficácia dos tratados internacionais (de direitos humanos) no Brasil, não há na Constituição brasileira de 1988 qualquer norma a garantir a plena eficiência do direito internacional geral na ordem jurídica brasileira (nada dizendo, v.g., sobre os costumes e os princípios internacionais).

Na legislação pátria, como um possível acolhimento da vertente do monismo internacionalista, pode-se mencionar o art. 98 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172 (BRASIL, 1966), o qual prescreve que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Entretanto, em que pese a acolhida doutrinária da corrente do monismo internacionalista, bem como o possível acolhimento de tal teoria pelo Código Tributário Nacional, o Supremo Tribunal Federal por um largo período de tempo adotou a tese de que haveria uma paridade hierárquica entre os tratados de direito internacional e a lei ordinária, em um verdadeiro dualismo moderado, sendo que tal tese restou sufragada no Recurso Extraordinário nº 80.004/SE (BRASIL, 1977). (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 225).

Ademais, há de se ressaltar que a paridade entre a lei ordinária e os tratados, inclusive aqueles de direitos humanos, na visão do Supremo Tribunal Federal era extraível do disposto no art. 102, III, “b”, da Carta Magna, o qual prescreve a possibilidade de impetração de recurso

extraordinário no caso de declaração de inconstitucionalidade de tratados ou lei federal. Ora, diante de tal dispositivo, a conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal foi a de que os tratados estariam em um plano hierárquico inferior à Constituição Federal, guardando uma paridade com a lei ordinária. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 225-226).

Assim, em casos paradigmáticos envolvendo a questão da prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal chegou a se posicionar favorável à prisão, eis que na visão da Corte, apesar de os tratados de direitos humanos vedarem a prisão civil, ressalvada a do devedor de alimentos (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana), tais normas foram tidas como gerais em relação à legislação brasileira, permissiva da prisão, isto é, pelo critério da especialidade, a lei especial (a legislação interna brasileira) prevalecia sobre a norma geral (os tratados de direitos humanos) na visão do Supremo Tribunal Federal. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 225).

Porém, essa posição do Supremo Tribunal Federal sempre foi passível de crítica, eis que tal posição fazia tábula rasa do quanto estatuído pelo art. 5º, § 2º, da Carta Magna, o qual, conforme acima já aventado, prescreve que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Tal entendimento do Pretório Excelso que propugnava por uma paridade entre os tratados de direito internacional, ainda que versando sobre direitos humanos, e a lei ordinária sofreu uma guinada a partir da entrada em vigor do § 3º, do art. 5º, da *Lex Mater*, furto da Emenda Constitucional nº 45 (BRASIL, 2004), o qual passou a estatuir que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

2.8 O § 3º do art. 5º da Constituição Federal e o atual estatuto normativo dos tratados internacionais de direitos humanos

Conforme já referido anteriormente, o direito internacional contemporâneo é caracterizado por uma intensa humanização, sendo que nesse processo de humanização por que tem passado o direito internacional a matéria que ganha um grande destaque é o tratamento que deve ser conferido contemporaneamente aos direitos humanos, dando-se destaque, por conseguinte, ao direito internacional dos direitos humanos.

Neste diapasão, conforme as lições de Ramos (2013a, p. 251), a proeminência conferida aos direitos humanos pela Constituição Federal é vista tanto em uma dimensão de direito material, quanto em uma dimensão de direito processual.

Quanto à dimensão do direito material, tal primazia dos direitos humanos é extraível do disposto nos parágrafos 2^a e 3^o, ambos do art. 5^o, da Carta Magna, anteriormente já referidos, ao passo que a proeminência no âmbito processual pode ser depreendida do art. 7^o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que propugna pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos. (RAMOS, 2013a, p. 251).

Acerca da temática da primazia conferida pela ordem constitucional aos direitos humanos, um tema de destaque e que será de grande valia para os fins do presente trabalho, é o atinente ao estatuto hierárquico dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, sendo que tal tema se apresenta deveras importante no bojo deste trabalho em razão de sua consequência na distribuição de competência para fins de reclamação, o que será visto no quarto capítulo.

Antes da introdução do § 3^o ao art. 5^o da Constituição Federal por intermédio da Emenda Constitucional nº 45 (BRASIL, 2004), os tratados de direitos humanos tinham o mesmo processo de formação e incorporação na ordem jurídica nacional que qualquer outro tratado, sendo que quanto ao estatuto hierárquico dos tratados de direitos humanos, conforme se viu no tópico anterior, prevalecia no âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento pela paridade daqueles tratados com a lei ordinária, sendo que tal entendimento era passível de crítica na medida em que se fazia letra morta ao quanto prescrito no § 2^o, do art. 5^o, da Carta Magna.

Ora, diante de tal quadro, os movimentos em prol dos direitos humanos tentaram estabelecer a estatura constitucional dos tratados de direitos humanos por intermédio de uma alteração constitucional, o que foi obtido quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o já mencionado § 3^o ao art. 5^o, da Constituição Federal. (RAMOS, 2013a, 264).

Segundo o disposto nesse último dispositivo e que fora introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conforme já aduzido, o mesmo estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, diante da redação desse dispositivo, novos pontos de discussão surgiram. Segundo Ramos (2013a, p. 262), a redação aprovada não foi recebida com entusiasmo por três motivos, quais sejam: a) o condicionamento da hierarquia constitucional dos tratados de direitos

humanos ao rito idêntico das emendas constitucionais, aumento do quórum de votação, e ainda se fazendo a exigência de dois turnos; b) sugeriu a existência de dois tipos de tratados no período posterior à emenda constitucional, a depender do rito de aprovação, a se valer da expressão “que forem”; c) não se fez qualquer menção quanto aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Diante de tal situação, algumas vozes inicialmente chegaram a preconizar uma inconstitucionalidade desta alteração constitucional, eis que trazia mais dificuldades para se conferir o *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, o que já seria uma decorrência lógica do § 2º, do art. 5º, da Carta Magna, posicionamento não aceito pelo Supremo Tribunal Federal, eis que o Pretório Excelso não aceitou a inconstitucionalidade de tal parágrafo na medida em que em diversas oportunidades fez alusão ao mesmo sem ter pronunciado a sua inconstitucionalidade, o que poderia ter sido feito até mesmo *ex officio*. (RAMOS, 2013a, 265).

Por outro lado, alguns outros autores tentaram aventar a possibilidade de que aos tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 poderia ser aplicado o instituto da recepção, segundo o qual, diante de uma nova ordem constitucional, ter-se-ia a recepção material das normas anteriores compatíveis, as quais passariam a ter a roupagem jurídica formal prevista pela nova ordem jurídica, podendo-se mencionar a título de exemplo de aplicação da teoria da recepção o quanto verificado com a recepção do Código Tributário Nacional, que fora aprovado como lei ordinária e recepcionado pela nova ordem constitucional como lei complementar. (RAMOS, 2013a, p. 265).

Porém, não se pode perder de vista que a aplicação da teoria da recepção quanto aos tratados de direitos humanos anteriores à introdução do § 3º, do art. 5º, da Carta Magna, restou fragilizada, eis que tal dispositivo, ao se valer da expressão “que forem”, expressamente prevê a possibilidade de que mesmo após a alteração constitucional os referidos tratados poderão continuar a ser aprovados com o quórum anterior, isto é, não se observando o rito das emendas à Constituição Federal. (RAMOS, 2013a, p. 265-266).

Diante do impasse causado pela má redação deste § 3º que foi acrescentado no art. 5º, da Carta Magna, Flávia Piovesan propôs uma solução conciliatória no sentido de se preservar a constitucionalidade deste dispositivo, bem como com o intuito de preservar a visão que era preconizada pela doutrina quanto à natureza constitucional de todo e qualquer tratado de direitos humanos em face do quanto preconizado pelo § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal. (RAMOS, 2013a, p. 266).

Sobre a conciliação do que já era previsto pelo § 2º e a novidade trazida pelo § 3º, ambos do art. 5º, da Constituição Federal, Piovesan (2013, p. 68-69) advoga a tese de que todo tratado de direito internacional que verse sobre os direitos humanos seria constitucional ao menos do ponto de vista material por incidência do disposto naquele § 2º, sendo que a observância do quanto preceituado pelo § 3º do art. 5º, da Carta Magna, teria o condão de fazer com os que tratados assim aprovados, para além de serem materialmente constitucionais, sejam também formalmente constitucionais.

Ressalte-se que de acordo com Ramos (2013a, p. 266), ao comentar a visão conciliatória proposta por Flávia Piovesan, esta apregoa que a incidência do disposto no § 3º, do art. 5º, da Carta Magna, terá o condão de impedir a denúncia dos tratados que forem aprovados com o quórum ali previsto.

Portanto, sobre o nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição Federal, de acordo com Piovesan (2013, p. 68-69), verifica-se que, com a introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, passa-se a ter uma dualidade de tratados de direitos humanos, isto é, os materialmente constitucionais, sendo que tal característica é apresentada por todos os tratados de tal espécie, em face do preconizado pelo § 2º do art. 5º, do Texto Magno, passando a existir doravante também aqueles tratados que são, para além de materialmente constitucionais, formalmente constitucionais quando preencherem os pressupostos do § 3º do art. 5º, da Carta Magna.

Acerca da incidência do § 3º, do art. 5º, da Carta Magna, na visão propugnada por Flávia Piovesan e a sua consequente vedação de retirada do pacto internacional, Ramos (2013a, p. 266-268) se posiciona contrário a tal entendimento, eis que mesmo os tratados que foram aprovados com o procedimento de os tornarem equivalentes às emendas constitucionais, previram em seu texto a possibilidade de denúncia, daí o porquê de, na visão do mencionado autor, tal aprovação com o quórum qualificado tem, em verdade, o condão de exigir, para uma eventual denúncia, uma nova aprovação no Congresso com o mesmo quórum.

Assim, Ramos (2013a, p. 266-268) parte do pressuposto de que todos os tratados internacionais de direitos humanos são constitucionais em face do que prevê o art. 1º, III⁵, bem como o § 2º do art. 5º, ambos da Constituição Federal.

Porém, tentando encontrar uma harmonia entre o § 2º do art. 5º da Carta Magna e o § 3º do mesmo artigo, Ramos (2013a, p. 266-267), ao comentar a posição de Flávia Piovesan,

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

acima já mencionada, discorda da autora, vaticinando que a observância do rito especial do § 3º do art. 5º da Constituição Federal não pode ter o condão de impedir futuras denúncias desses tratados na medida em que a previsão de cláusulas que estipulam a possibilidade de retirada dos tratados é uma praxe no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não tendo o Brasil o costume de exercer o direito de reserva a tais dispositivos quando de sua ratificação.

Diante de tal quadro, Ramos (2013a, p. 267-268) sustenta que apesar da discussão acerca da necessidade de conjugação de vontades entre os Poderes Executivo e Legislativo para os fins do exercício do direito de denúncia dos tratados em geral, deve haver consenso de que versando sobre tratados de direitos humanos, a necessidade de conjugação de vontades entre aqueles dois Poderes há de prevalecer.

Assim, os tratados que observarem o rito especial quando de sua passagem pelo Congresso Nacional para fins de ratificação, devem obedecer tal rito também em caso de eventual denúncia, ao passo que os tratados aprovados pelo *quórum* simples, também se sujeitarão a tal *quórum* simples quando de eventual retirada do tratado. (RAMOS, 2013a, p. 268).

Por fim, Ramos (2013a, p. 268) sustenta que diante da importância da matéria versada pelos tratados internacionais de direitos humanos, para além da conjugação de vontades entre os Poderes Legislativo e Executivo em eventual exercício do direito de retirada dos tratados, devem os poderes assumirem um ônus argumentativo apto a demonstrar que essa saída do Brasil de um tratado de direitos humanos não implica em um retrocesso, eis que o regime jurídico dos direitos humanos é guiado, dentre outras características, pela vedação do retrocesso.

Porém, quanto a essa visão de se enxergar nos tratados internacionais de direitos humanos uma constitucionalidade material em razão do § 2º, do art. 5º, da Carta Magna, independentemente da incidência do § 3º do mesmo artigo, é de se ressaltar que tal visão se apresenta à frente do que fora propugnado pelo Supremo Tribunal Federal no recurso Extraordinário nº 466.343 (BRASIL, 2008b), sendo esta visão exposta no aludido recurso extraordinário a que prevalece nos dias atuais no direito brasileiro, tendo sido estabelecido que os tratados internacionais de direitos humanos que não observaram/observarem o preceituado no § 3º do art. 5º, têm o *status* de normas supralegais, porém abaixo da Constituição Federal.

Assim, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em posição capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, abandonou-se a tese da paridade hierárquica entre os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação ordinária, não se acolhendo, entretanto, a tese de uma ínsita hierarquia constitucional destes tratados, passando-se a adotar a teoria do duplo estatuto dos tratados que versem sobre direitos humanos. (RAMOS, 2013a, p. 268-270).

Para a nova posição que se firmou a partir do julgamento daquele recurso extraordinário, os tratados de direitos humanos anteriores à Emenda Constitucional nº 45, bem como os posteriores à aludida emenda que não observarem o rito estabelecido pelo novo § 3º do art. 5º da Carta Magna, situar-se-ão abaixo da Constituição Federal, porém apresentarão o *status* de supralegalidade com relação à legislação ordinária. (RAMOS, 2013a, p. 269).

Por outro lado, os tratados internacionais de direitos humanos posteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004 que observarem o rito preconizado no § 3º do art. 5º, terão o estatuto de normas constitucionais.

Acerca da dupla hierarquia dos tratados de direitos humanos, das palavras de Ramos (2013a, p. 269-270), depreende-se que:

Consagrou-se no STF a *teoria do duplo estatuto* dos tratados de direitos humanos: *supralegal* para os que não foram aprovados pelo rito especial do art. 5º, § 3º, quer sejam anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004 e *constitucional* para os aprovados de acordo com o rito especial. (grifos do autor).

Corroborando o acima já aventado, igual posição é sufragada por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 226-227), os quais afirmam que a partir do julgamento daquele recurso extraordinário sobre a situação do depositário infiel, foi estabelecida uma nova relação entre os tratados incorporados pelo direito brasileiro e sua legislação interna, passando-se a existir a seguinte relação entre tais normas: a) os tratados possuem uma hierarquia de lei ordinária de uma maneira geral e b) porém, existem situações em que não prevalece a tese da paridade entre os tratados e a legislação interna, mencionando os autores os casos dos tratados em matéria tributária em face da disposição do art. 98 do Código Tributário Nacional, os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 e os posteriores que não observarem o rito do § 3º do art. 5º, em face do quanto disposto no § 2º do mesmo artigo, apresentando tais tratados uma hierarquia supralegal, bem como existe a situação dos tratados de direitos humanos posteriores à Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que observarem o rito do § 3º do art. 5º, apresentando esses últimos tratados um *status* de norma constitucional.

Por fim, há de se ressaltar que a tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal do duplo estatuto dos tratados de direitos humano apresenta relevo no presente trabalho que visa a fundamentar a utilização do instituto processual da reclamação com vistas a se conferir eficácia aos precedentes oriundos da Corte Interamericana, na medida em que possibilitará uma divisão de tarefas entre as Cortes de Vértice da estrutura judiciária brasileira, conforme será delineado no quarto capítulo.

2.9 Os tribunais internacionais como instrumentos de efetivação da dignidade humana: a devida atenção a ser conferida à corte interamericana de direitos humanos e a necessidade de efetivo cumprimento de suas decisões

Conforme se viu anteriormente, a Constituição Federal de 1988 não se descurou da importância que deve ser dada hodiernamente à dimensão internacional do fenômeno jurídico, tendo chegado, inclusive, a consagrar de forma expressa como um objetivo para a República Federativa do Brasil o estabelecimento de uma integração econômica, política, social e cultural entre os povos da América Latina, tudo isso com o propósito de formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Por outro lado, os horrores da Segunda Guerra Mundial trouxeram para o direito uma nova visão, qual seja, a de que a tutela dos direitos que são mais caros na formação integral do ser humano não mais fosse deixada à exclusividade da jurisdição interna de cada país, podendo-se acionar tribunais internacionais em casos de falha ou omissão da proteção estatal.

Tal período se mostrou tão inovador para o processo internacional dos direitos humanos que pela primeira vez trouxe para o fenômeno jurídico contemporâneo a efetividade do entendimento de que os indivíduos podem ser considerados culpados na órbita internacional pela violação de direitos humanos, independentemente do cargo que ocupem dentro do Estado.

Desta feita, os seres humanos passaram a ser detentores também de obrigações na órbita internacional, podendo os mesmos serem julgados em tal esfera sempre que o ordenamento interno de cada país se revelar insuficiente para a resposta que deva ser dada às graves violações aos direitos humanos, conforme se viu nos julgamentos realizados pelos tribunais de Nuremberg e Tóquio, os quais deram início à formação de várias gerações de tribunais internacionais penais, sendo aqueles considerados como os tribunais penais internacionais de primeira geração. (RAMOS, 2013b, p. 318).

Assim, pode-se dizer que dos horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, retirou-se como grande consequência a conscientização de que a proteção dos direitos humanos não pode ser uma temática afeta apenas e tão somente aos limites da soberania estatal, encarando-se a figura do Estado como o grande guardião dos direitos humanos das pessoas que se encontram sob a sua jurisdição.

Muito pelo contrário, a história mostrou que o Estado, ao invés de se caracterizar como o grande guardião dos direitos humanos, pode ser justamente ele o maior perpetrador de atos atentatórios a tais direitos, podendo estar o Poder Judiciário local, inclusive, impossibilitado, por razões de diversas ordens, a dar a resposta adequada para aludidas violações.

Ora, o direito como fenômeno social que visa a melhorar as condições de vida das pessoas, tendo a Carta Magna colocado a dignidade da pessoa humana como sendo um dos fundamentos do estado brasileiro, não pode se limitar a enunciar direitos, sem se preocupar com a efetividade dos mesmos.

Daí o porquê de os direitos humanos previstos em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte não podem ficar sem a devida proteção de tribunais internacionais, eis que, conforme acima aludido, a história se encontra repleta de exemplos em que restaram demonstrados que a tutela exclusivamente nacional aos direitos em questão restou desprovida de efetividade.

Neste diapasão, a corroborar a visão ora exposta da imperiosa necessidade de uma tutela jurisdicional internacional dos direitos humanos, assim leciona Bobbio (2004, p. 39-40):

Finalmente, por atividades de garantia (talvez fosse melhor dizer de “garantia em sentido estrito”), entende-se a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional. A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e da terceira é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente. [...]. Mas só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado.

Dessarte, é justamente com tal visão da necessidade de uma proteção dos direitos humanos para além das garantias oferecidas no âmbito interno de cada Estado que a Constituição Federal de 1988, seja no momento de sua promulgação, portanto, de exercício do poder constituinte originário, seja através de alterações promovidas no texto inicial pelo poder constituinte derivado reformador, tem demonstrado preocupação com a instituição dessa tutela jurisdicional internacional como forma de se conferir uma garantia plena aos direitos humanos.

Ora, em um primeiro momento, já se pode depreender esse compromisso por uma garantia de jurisdição internacional no Texto Magno a partir do instante em que o mesmo afirma que a República Federativa do Brasil, em suas relações internacionais, reger-se-á, dentre outros, por postulados como a prevalência dos direitos humanos, a igualdade entre os Estados e a solução pacífica dos conflitos, conforme se pode perceber do disposto em alguns incisos do art. 4º da *Lex Mater*.

Por outro lado, mais à frente, ainda como obra do poder constituinte originário, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mais especificamente em seu art. 7º, o legislador

constituente é claro ao afirmar que o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos.

Ademais, como forma de se demonstrar que tais dispositivos e instrumentos mencionados acima não se tratam de meras promessas esquecidas pelo legislador constituinte originário, no processo de reforma da Constituição Federal que se deu através da Emenda Constitucional n. 45/2004, um dos dispositivos trazidos ao Texto Magno de maior envergadura foi o § 4º do art. 5º, o qual prescreve que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Assim, pode-se ver que a garantia dos direitos humanos através de tribunais internacionais, criando-se, portanto, uma jurisdição internacional para além dos órgãos jurisdicionais nacionais, é uma clara vontade do legislador constituinte brasileiro, seja através do poder constituinte originário, seja através do poder constituinte derivado reformador.

É neste cenário, portanto, que o Brasil, através do Decreto n. 4.463 (BRASIL, 2002), reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em efetivação, por conseguinte, ao quanto preconizado pelo art. 62⁶ do Pacto de San José da Costa Rica.

Diante de tal quadro, é imprescindível que se reconheça à Corte Interamericana a sua necessária estatutura constitucional, bem como o necessário respeito aos seus julgados, devendo o Estado brasileiro, por conseguinte, procurar envidar todos os esforços para o fiel cumprimento das decisões oriundas daquele tribunal internacional.

É nesta toada que segundo as lições de Ramos (2013b, p. 374-375), a Corte de San José detém um estatuto constitucional, sendo que tal *status* constitucional se apresenta como sendo uma decorrência lógica dos diversos dispositivos constitucionais que consagram o respeito aos direitos humanos, bem como também se apresenta como uma decorrência do quanto estatuído pelo art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual estabelece a sujeição do Estado brasileiro a tal corte.

⁶ 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

Assim, diante dessa dignidade de que se reveste a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o direito brasileiro, não se pode descuidar do dever que o Brasil possui de dar um cumprimento em boa-fé ao quanto deliberado por aquele tribunal.

Ademais, quando se fala de efetivo cumprimento das deliberações internacionais oriundas daquela Corte, não se pode perder de vista o fato de que para o Direito das Gentes a responsabilidade internacional de um Estado pode advir de atos oriundos do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, eis que independentemente da forma como se revestem os atos oriundos do direito interno, os mesmos são vistos como meros fatos pelo Direito Internacional. (RAMOS, 2013a, p. 252-253).

Portanto, pode-se concluir que como o direito interno se apresenta como um mero fato para o Direito Internacional, as exceções que porventura possam vir a ser alegadas como meios de defesa perante o direito interno, não se apresentam como razões bastantes para elidir a responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos humanos, o que inclui, por conseguinte, a obrigação de que o Poder Judiciário pátrio também confira o devido cumprimento às deliberações da Corte Interamericana.

Um bom exemplo de tal situação se dá com a exceção de coisa julgada, eis que diante da ausência de hierarquia entre os tribunais pátrios e os tribunais internacionais, estes não funcionam como cortes de revisão daqueles, daí o porquê de a coisa julgada surgida no seio dos processos internos não poderem ser invocadas como excludentes de responsabilidade do Estado perante o processo internacional. (RAMOS, 2013b, p. 403-407).

Por outro lado, há de se levar em consideração que a vinculação dos Estados às decisões oriundas dos sistemas internacionais de proteção ao ser humano podem ser analisadas a partir de um duplo aspecto. (RAMOS, 2013b, p. 355).

Portanto, inicialmente se pode analisar a vinculação do Brasil às deliberações oriundas do processo internacional, no caso específico do presente trabalho, a vinculação às deliberações da Corte Interamericana, a partir de um duplo prisma, qual seja, o prisma da obrigatoriedade das decisões e também a partir do prisma da executoriedade. (RAMOS, 2013b, p. 355-356).

Quanto ao plano da obrigatoriedade, há que se ter em mente que diante da grande gama de procedimentos internacionais de tutela dos direitos humanos que existem na atualidade, os produtos originados de tais procedimentos se revestem de diferentes matizes. (RAMOS, 2013b, p. 356).

Assim, a força obrigatória de muitas destas conclusões surgidas do processo internacional dos direitos humanos é questionada, conforme se pode depreender das decisões oriundas dos sistemas não convencionais da ONU ou mesmo dos sistemas quase judiciais, como

aqueles dos comitês dos diversos tratados de direitos humanos, *exempli gratia*. (RAMOS, 2013b, p. 361-362).

Porém, em se tratando de decisões oriundas de tribunais internacionais, aqui em específico, aquelas oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não resta qualquer dúvida acerca de sua obrigatoriedade para o Estado brasileiro, eis que se tratam de decisões advindas de um processo judicial em que restou garantido ao Estado o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. (RAMOS, 2013b, p. 363).

Ademais, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos se posiciona no sentido da obrigatoriedade de tais decisões.

Porém, constatar a obrigatoriedade dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos é apenas o primeiro passo diante da dignidade constitucional de que tal corte se reveste, tornando-se imperioso que, para além da obrigatoriedade da decisão da Corte naqueles processos em que o Brasil seja parte, também se confira a devida importância à executoriedade de tais decisões.

Destarte, nesta toada de se assegurar a devida execução das decisões da Corte de San José, é possível ver que tal executoriedade plena surge como uma decorrência do próprio sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo-se para tanto se estabelecer um paralelo comparativo com o quanto preconizado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Assim, conforme prescreve o art. 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o mesmo estabelece que se o tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da alta parte contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

Por outro lado, no que pertine à executoriedade das decisões oriundas da Corte de San José, o sistema da Convenção Americana estabelece em dois dispositivos, os números “1” e “2”, do art. 68 da mencionada convenção, a imprescindibilidade do devido cumprimento das deliberações daquele tribunal.

De acordo com o primeiro dos dispositivos indicados, o art. 68.1, os estados partes na convenção se comprometem a cumprir a decisão da corte em todo o caso em que forem partes. Por outro lado, consoante o segundo dos dispositivos acima mencionados, o art. 68.2, a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

Dessarte, quando se compara o texto do art. 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos com os artigos 68.1 e 68.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos, vê-se claramente que o sistema internacional de proteção aos direitos humanos instituído pela Convenção Americana não se contenta com uma simples indenização em substituição ao direito lesado.

Por óbvio, uma condenação indenizatória pode existir, e no mais das vezes existe, em se tratando de processos oriundos da Corte Interamericana, porém tal sanção em muitos dos casos, senão em sua imensa maioria, mostra-se deveras insuficiente para a integral tutela do direito a ser efetivamente garantido, daí o porquê de se ter a aplicação de sanções outras para além daquelas meramente indenizatórias com vistas a se tutelar esses direitos essenciais aos seres humanos em toda a sua inteireza, o que se encontra em perfeita harmonia com a visão de tutela dos direitos e sua implicação na estruturação do processo judicial a partir da ótica do Estado Constitucional de Direito, conforme se verá no quarto capítulo.

Ora, diante do quadro acima verificado de que a executoriedade das decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos se dá no grau mais amplo possível de vinculação para o Estado brasileiro, mister se faz um questionamento, qual seja, aquele que versa sobre em que situações o Brasil estaria vinculado às decisões da Corte de San José?

Melhor explicando, é chegada a hora de se indagar se o Estado brasileiro estaria vinculado às decisões prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas nos casos em que o Brasil fosse o Estado demandado ou se, ao contrário, o Brasil estaria vinculado aos entendimentos firmados pela Corte Interamericana mesmo naqueles casos em que o Estado brasileiro não seja o demandado?

Assim, é necessária a reflexão sobre o papel da Corte Interamericana como uma verdadeira corte de precedentes, não podendo tal tribunal se resumir apenas e tão somente a um meio de resolução de casos concretos que se lhes apresentem, devendo ser analisado, portanto, se o Brasil, para além daqueles casos em que seja a parte demandada, tem a obrigação de respeitar a *ratio decidendi* dos casos em que não seja o demandado, seja no exercício da competência contenciosa, seja no exercício da competência consultiva por parte da Corte de San José

Neste diapasão, não se pode perder de vista as disposições trazidas ao ordenamento pátrio pelo novo Código de Processo Civil acerca da temática dos precedentes, devendo ser analisado se é viável se trabalhar com um sistema de precedentes que fora positivado por intermédio de uma lei infraconstitucional ou se se faria necessária uma nova emenda à Carta Magna, o que será feito ao longo do capítulo seguinte.

Ademais, uma vez analisada a (in)constitucionalidade da implantação de um sistema de precedentes sem uma reforma constitucional, também é necessário analisar se as disposições sobre precedentes trazidas pelo Código de Processo Civil permitem uma interpretação que coloquem como precedentes vinculantes para o Poder Judiciário brasileiro as decisões oriundas da Corte Interamericana, em uma interpretação, portanto, que não se prenda à literalidade do quanto disposto no art. 927 daquele Código.

Por fim, ultrapassadas as questões dantes enumeradas, diante da omissão, ou mesmo da total indiferença, do novo Código de Processo Civil com relação às decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é válida a tentativa de buscar a aplicação por analogia ou por uma interpretação ampliativa de algum instituto processual já existente no ordenamento jurídico brasileiro que possa ser utilizado como fator de proteção da eficácia imediata dos precedentes oriundos daquele tribunal internacional.

Assim, verificado o respeito que os direitos humanos adquiriram na ordem jurídica brasileira com o advento da Constituição Federal de 1988, bem como o processo de proteção internacional dos direitos humanos, os próximos capítulos terão o propósito de analisar a compatibilidade do sistema de precedentes do novo Código de Processo Civil com a visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos como interprete legítima dos direitos humanos no continente americano, bem como a busca de instrumentos processuais no ordenamento pátrio para se conferir a eficácia exigida por tais precedentes.

3 OS PRECEDENTES E SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA O DIREITO: O VALOR DE PRECEDENTE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Conforme já ressaltado alhures, o presente trabalho tem como pretensão analisar qual o grau de vinculação que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos apresentam para o direito brasileiro, bem como, em caso de se entender por sua vinculação enquanto precedentes, buscar na ordem jurídica pátria instrumentos processuais que possam conferir a devida efetividade a tais precedentes.

Assim, levando em consideração a Lei nº 13.105 (BRASIL, 2015), o novo Código de Processo Civil, tenta neste capítulo se fazer uma abordagem da evolução do tratamento que é dado à eficácia das decisões judiciais dentro do direito brasileiro, tendo esse tratamento legislativo culminado na lei antes referida.

Neste quadro, no presente capítulo se abordará questões alusivas à imprescindibilidade de um sistema de precedentes para o direito brasileiro, bem como acerca da constitucionalidade de tal sistema, eis que o mesmo fora instituído por aludido Código, devendo ser ressaltado que há corrente doutrinária no sentido de que esse sistema deveria ter sido implementado por intermédio de uma emenda constitucional, tal qual fora feito com a súmula vinculante quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 ao instituir tal espécie de súmula.

Ademais, também será abordada neste capítulo a questão alusiva a uma necessária divisão dos tribunais em funções específicas, donde se adotará a divisão entre Cortes de Justiça e Cortes de Vértice, sendo que estas podem se apresentar como sendo Cortes Superiores e Cortes Supremas, indagando-se em que tipo destas cortes pode se enquadrar a Corte Interamericana de Direitos Humanos e como esse tipo de Corte implicará no seu relacionamento para com o direito brasileiro.

Por outro lado, uma vez superada a discussão acerca da constitucionalidade deste sistema de precedentes instituído por intermédio de uma lei infraconstitucional, há também de se indagar se o rol previsto no art. 927 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) se trata de um rol taxativo ou meramente exemplificativo.

Tal discussão será de suma importância na medida em que se liga diretamente à temática principal do presente trabalho, isto é, a definição da questão sobre a possibilidade de as decisões da Corte Interamericana formarem precedentes vinculantes para o direito interno brasileiro, a qual depende sobremaneira do estabelecimento de qual a natureza do rol previsto no art. 927 do novo Código de Processo Civil.

Chegado a este ponto do trabalho, adentrar-se-á no quarto capítulo, o qual terá o objetivo de buscar meios dentro do ordenamento pátrio para se dar efetividade às decisões proferidas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso essas possam ser vistas como precedentes obrigatórios para o direito interno brasileiro.

3.1 A evolução da força vinculante das decisões judiciais no direito brasileiro

O direito nos países de tradição de *civil law* sempre foi identificado com a lei, isto é, vigorava o postulado do Estado legislativo e, por conseguinte, o direito era aquilo que era afirmado pelo legislador, sendo que ao Poder Judiciário se reservava a função de ser a “boca da lei”.

Porém, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, houve a ascensão das Constituições, tendo o Poder Judiciário sido alçado ao posto de guardião destes textos constitucionais, papel que no Brasil é reservado ao Supremo Tribunal Federal.

Acerca desta posição de destaque que foi conferida ao Poder Judiciário com o fim dos conflitos da Segunda Grande Guerra, Mello e Barroso (2016, p. 11) afirmam que com término de tal conflito, passou-se a exigir um Judiciário forte a fim de que se pudessem promover a garantia dos direitos fundamentais e do processo democrático, fazendo-se com que o Poder Judiciário deixasse de ser visto apenas como um corpo de técnicos, convertendo-se tal poder em um verdadeiro poder político.

Por outro lado, para além desse ganho de importância verificado no âmbito do Poder Judiciário, também o fenômeno da massificação do acesso à justiça trouxe mudanças na forma da prestação da tutela jurisdicional. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 11).

Assim, houve a criação de novos direitos, novas ações e novos tribunais, o que contribuiu para o processo de massificação das demandas judiciais, sendo que quanto à criação de novos direitos, pode-se mencionar a título meramente exemplificativo a positivação do Código de Defesa do Consumidor, os direitos à saúde, a tutela do meio ambiente, dentre outros. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 11).

No que pertine à criação de novas ações, não se pode perder de vista a positivação da ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e a tutela dos direitos individuais homogêneos. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 11).

No que tange ao aparato estrutural do Poder Judiciário, a criação dos juizados especiais tornou possível a demanda dos direitos independentemente de sua expressão econômica. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 11).

Ora, diante de tal quadro, a forma do tratamento a ser conferido à força das decisões judiciais passou por mudanças de grande monta.

Pois bem, quanto à evolução da força vinculante que tentou se conferir às aos entendimentos fixados nas decisões judiciais no direito brasileiro ao longo do tempo, Barroso e Mello afirmam que (2016, p. 14):

O processo de valorização da jurisprudência no Brasil pode ser compreendido em três perspectivas ou etapas; i) o avanço do controle concentrado de constitucionalidade; ii) a valorização da jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); iii) a criação de um novo sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro, pelas normas integrantes da Lei nº 13.105/2015, nosso Novo Código de Processo Civil (CPC/2015).

No que pertine ao avanço do controle de constitucionalidade, Mello e Barroso (2016, p. 14-16) indicam a maior autonomia que fora reconhecida à Procuradoria-Geral da República, a majoração quantitativa dos legitimados a proporem as ações concentradas de constitucionalidade e a ampliação das ações de controle concentrado de constitucionalidade das leis, passando o ordenamento jurídico brasileiro a contar com a ação direta de inconstitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, tudo isso trazendo uma nova forma de se encarar a atuação jurisdicional.

Por outro lado, ao longo da vigência do anterior Código de Processo Civil de (BRASIL, 1973), tal diploma normativo passou por uma série de alterações onde se pôde perceber a atribuição de uma maior importância ao nível de vinculação produzida pelas decisões judiciais.

Como exemplos de tais alterações pode ser mencionada a Lei 9.756 (BRASIL, 1998), que trouxe a possibilidade de o relator julgar os recursos monocraticamente para dar provimento ou improvimento quando as decisões estivessem discordantes ou concordantes com súmulas ou jurisprudência dominantes dos tribunais superiores, bem como tal lei também trouxe a desnecessidade de se submeter a análise da inconstitucionalidade incidental aos plenários dos tribunais na hipótese de já haver decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal ou da própria corte local sobre o tema. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 16).

A Lei nº 10.352 (BRASIL, 2001b), por sua vez, tornou desnecessário o duplo grau obrigatório nas causas contra a Fazenda Pública sempre que as decisões estivessem de acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou ainda de acordo com súmula deste tribunal ou de outro tribunal superior. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 16).

Ademais, a Lei nº 11.232 (BRASIL, 2005) positivou no ordenamento jurídico brasileiro os embargos em face de execuções fundadas em decisões que tivessem adotado

interpretações tidas por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 16-17).

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 não se pode deixar de mencionar a Lei nº 11.418 (BRASIL, 2006), que criou o mecanismo de julgamento dos recursos extraordinários repetitivos, sendo que tal mecanismo fora estendido posteriormente para os julgamentos dos recursos especiais e de revistas repetitivos, esse último no âmbito da Consolidação das Leis Trabalhistas, o que fora feito pelas leis 11.672 (BRASIL, 2008a) e 13.015 (BRASIL, 2014), respectivamente. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 17).

Por fim, nesse avançar de se conferir uma eficácia vinculante a um maior número de decisões judiciais no direito processual brasileiro, chega-se ao novo Código de Processo Civil de 2015, o qual objetivou, dentre outras coisas, a instituição de um sistema de precedentes vinculantes, cujo art. 927 elencou uma série de decisões que obrigariam os demais juízes que estejam vinculados ao tribunal prolator daquele *decisium*, bem como se torna vinculante ao próprio tribunal.

Ora, diante de tal quadro, vê-se que o número de decisões que são dotadas de um efeito vinculante para além das partes do processo cresceu consideravelmente, podendo se discutir, inclusive, se o rol do aludido art. 927 se apresenta como sendo um rol taxativo ou meramente exemplificativo, o que será melhor delineado mais à frente.

Ainda nesta toada de se demonstrar o avanço no quantitativo de decisões vinculantes que vem ocorrendo ao longo dos últimos anos, vinculação essa que ocorre para além das partes do processo em que proferida a decisão, é interessante a observação da variação deste grau de vinculação ao longo do tempo.

Para tanto, valendo-se das lições de Mello e Barroso (2016, p. 19-20), os mesmos lecionam que o grau de vinculação às decisões judiciais se dá de três maneiras, quais sejam, o grau de vinculação pode ser meramente persuasivo, intermediário ou normativo.

Pois bem, a eficácia persuasiva surge a partir do momento em que a decisão judicial não tem o poder de vinculação para além do próprio processo em que tal decisão é prolatada, servindo com relação aos demais processos apenas e tão somente como um norte a ser seguido no processo de interpretação das leis. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 19).

A eficácia intermediária, por seu turno, dá-se quando a uma determinada decisão judicial a lei confere o poder de vinculação, porém não concede meio processual específico e que seja apto a tornar tal eficácia exigível, como no caso em que se confere o acesso a uma reclamação, por exemplo. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 20).

Por fim, a eficácia normativa se verifica quando a lei conceder o poder de vinculação da decisão judicial para além do processo em que tal decisão fora prolatada, conferindo ademais um meio processual específico de asseguuração desta eficácia vinculante extraprocessual, tal qual a reclamação, *exempli gratia*. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 20).

Dessarte, levando-se em consideração a classificação acima aventada, a qual divide o grau de eficácia vinculativa das decisões judiciais em persuasivas, intermediárias e normativas, Mello e Barroso (2016, p. 21-22) lecionam que sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973 as decisões prolatadas no âmbito do primeiro e segundo graus de jurisdição possuíam apenas uma eficácia persuasiva, apresentando-se as decisões proferidas no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes como detentoras de um grau de eficácia normativa na medida em que apresentavam a reclamação como remédio processual para, de forma célere, buscar-se a concretização desta eficácia.

Neste diapasão, a jurisprudência consolidada dos tribunais e as súmulas simples, à época do Código de 1973, eram dotadas de eficácia intermediária, eis que permitiam o provimento ou o improvimento dos recursos das decisões que se apresentassem discordantes ou concordantes, respectivamente, àqueles entendimentos, sem apresentar, entretanto, uma técnica processual específica para a busca de tal eficácia. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 21).

Ademais, ainda se levando em consideração o período do Código de Processo Civil de 1973, as decisões dos plenos dos tribunais que declarassem a inconstitucionalidade de uma norma também eram dotadas de uma eficácia intermediária, eis que dispensavam a submissão do incidente de inconstitucionalidade à reapreciação do pleno, não sendo tal eficácia garantida por alguma técnica processual. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 21).

Na mesma direção se apresentavam as decisões adotadas por parte do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e em recurso extraordinário repetitivo, eis que tais espécies decisórias deveriam ser seguidas pelas demais instâncias do Poder Judiciário, novamente sem se poder recorrer a uma técnica processual em particular com vistas a garantir a observância destas decisões. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 21).

Porém, volte-se a frisar que todos os entendimentos mencionados acima como detentores de uma eficácia vinculativa intermediária assim se classificavam à época do Código de Processo Civil de 1973 na medida em que apesar de a lei os dotarem com eficácia de observância obrigatória, não os munia de um remédio processual expedito e que tivesse o condão de dar concretude a esta eficácia vinculante. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 21-22).

Por fim, nesta evolução de atribuição de eficácia vinculante, dando-se proeminência às decisões detentoras de eficácia normativa, segundo a classificação das eficácias das decisões judiciais acima mencionada, chega-se ao novo Código de Processo Civil, o qual trouxe, dentre outras novidades, a instituição de um sistema de precedentes, cuja norma central nesta temática de precedentes é o artigo 927, sem prejuízo, por óbvio, de outros dispositivos também importantes que versem sobre tal matéria.

Assim, de acordo com Mello e Barroso (2016, p. 22-23), com o Código de Processo Civil de 2015 as decisões dos juízes de primeiro grau continuam com uma eficácia persuasiva, bem como os acórdãos em geral dos tribunais de segundo grau, desde que não proferidos em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas e incidente de assunção de competência.

Por outro lado, súmulas simples do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente, bem como os julgados dos órgãos especiais e plenários destes tribunais são dotados de uma eficácia intermediária, eis que, apesar de deverem ser seguidos pelas demais instâncias do Poder Judiciário, não são subsidiados por um instrumento processual tal qual a reclamação com vistas a dar concretude a esta eficácia vinculante. (MELLO; BARROSO, 2016, p. 22-23).

Por fim, ainda de acordo com o entendimento esposado por Mello e Barroso (2016, p. 22), as súmulas vinculantes, os julgados em sede de controle concentrado de constitucionalidade, as decisões em sede de recurso extraordinário com repercussão geral ou em sede de recursos extraordinário e especial repetitivos, as decisões em incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência, são dotadas de uma eficácia vinculante normativa, eis que a inobservância destas espécies decisórias são combatidas por meio do ajuizamento da reclamação constitucional.

A confirmar a evolução de atribuição de efeitos vinculantes às decisões judiciais, Mancuso (2016, p. 208-209) afirma que “A tendencial potencialização da eficácia da jurisprudência, mormente em suas modalidades otimizadas – dominante, sumulada – vem reafirmada no novo CPC, projetando-se até mesmo em primeiro grau [...]”.

Uma advertência há de ser feita ao final deste tópico a fim de se dar continuidade ao presente trabalho. A menção a essa classificação da vinculação das decisões em eficácia persuasiva, intermediária e normativa aqui relatada tem o condão de demonstrar o ganho de importância que o legislador de forma expressa conferiu à vinculação de um maior número de decisões ao longo do tempo, isto é, no decorrer da vigência do Código de Processo Civil de 1973 até o momento em que o Código de Processo Civil de 2015 entra em vigor.

Porém, conforme se defenderá mais à frente, o conceito de precedentes é um conceito qualitativo-material, motivo por que as disposições de lei que tentam mencionar os tipos de decisões que têm o condão de gerar precedentes, devem ser vistas como um rol meramente exemplificativo.

De igual modo, como os dispositivos que elencam decisões com eficácia precedental são meramente exemplificativos, os dispositivos que tentam conferir uma técnica processual a fim de se concretizar os precedentes, a reclamação no caso brasileiro; também devem ser vistos de maneira não exaustiva, sendo o uso da reclamação em tais hipóteses uma decorrência lógica do valor precedental de algumas decisões, as quais têm em seu bojo de forma ínsita o valor da vinculação, bem como também é uma decorrência lógica em face do postulado da duração razoável em que a tutela jurisdicional deve ser prestada no Estado Constitucional de Direito.

3.2 O estado constitucional e as transformações do direito

O estado legislativo se caracterizou por uma primazia do Poder Legislativo em face dos demais poderes, sendo o monopólio da produção do direito confiado àquele poder, cabendo ao Poder Judiciário apenas declarar a lei, destacando-se que nesse modelo de estado a lei detinha a centralidade do ordenamento jurídico, cabendo à Constituição um papel secundário, um papel de um documento com conteúdo mais político do que jurídico propriamente dito, relegado apenas a regulamentar a forma de produção normativa, porém não o seu conteúdo.

Entretanto, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, assiste-se a um processo de maior deferência aos textos constitucionais, os quais passam a ocupar posição de destaque dentro do ordenamento jurídico, não mais apenas regulamentando o iter de produção das leis, mas também impondo limites de conteúdo à legislação.

Tal cenário faz com que a lógica reinante à época do Estado legislativo seja invertida. No direito do Estado Liberal, os direitos fundamentais eram dependentes da lei, ao passo que na vigência do Estado Constitucional as leis passam a ter a sua validade condicionada à sua conformidade com os direitos fundamentais. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 27).

Diante de tal quadro, o Poder Judiciário, que ao tempo daquele Estado Legislativo/Liberal era tido como a “boca da lei”, assume, diante da centralidade dos textos constitucionais, o papel de guardião destes, motivo por que se pode dizer que no contexto do Estado Constitucional se assiste a um ganho de importância da figura do Poder Judiciário, o qual assume, portanto, um papel de protagonista neste modelo de Estado.

Sobre esse quadro trazido pelo Estado Constitucional, vaticina Barroso (2013, p. 240) que:

No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Porém, em que pese a passagem acima fazer referência a uma interpretação vinculante quanto às normas constitucionais, a verdade é que o Estado Constitucional trouxe consigo três impactos de grande monta mencionados por Mitidiero, os quais, em seu conjunto, têm o condão de transformar a noção de direito que se tinha e que muitos ainda guardam consigo, sendo que diante dessas mudanças o Judiciário passa a ser o detentor de fixação da interpretação do ordenamento jurídico em geral e não apenas dos dispositivos constitucionais.

Neste diapasão, de acordo com a lição preconizada por Mitidiero (2017a, p. 19-22), o direito, como decorrência do advento do Estado constitucional, sofre três grandes mudanças, quais sejam: a) a ampliação das espécies normativas; b) a mudança na técnica legislativa e c) a mudança quanto à natureza jurídica da atividade interpretativa.

Pois bem, quanto à ampliação das espécies normativas, é de se ressaltar que à época do Estado legislativo, a noção de norma se confundia com a noção de regras, de modo que aos princípios não se deferiam a natureza de normas jurídicas. Porém, com o Estado constitucional, norma jurídica passa a ser gênero, do qual seriam espécies as regras, os princípios e os postulados. (MITIDIERO, 2017a, p. 19-20).

A mudança acima referida por Mitidiero é por ele concebida como uma mudança qualitativa, sendo que para além dessa mudança qualitativa das normas, o autor também chama a atenção para o fato de que no Estado legislativo a figura do Código guarda uma posição de destaque no ordenamento jurídico, detendo um *status* de plenitude, ao passo que no bojo do Estado constitucional passa a vigor um formato de pluralidade de fontes, passando o Código a ter um papel de centralidade infraconstitucional, surgindo um sem número de textos legais com vistas a regular os mais diversos aspectos da vida em sociedade, passando o ordenamento jurídico a ter uma feição complexa, somando-se à mudança qualitativa já referida, também uma mudança quantitativa das fontes normativas. (MITIDIERO, 2017a, p. 20).

Como segunda grande mudança trazida ao direito pelo advento do Estado constitucional e que é mencionada por Mitidiero (2017a, p. 20), está a mudança na forma da técnica legislativa.

No período do Estado legislativo, o Parlamento se valia do emprego de uma técnica redacional casuística com vistas a se esgotar todas as hipóteses de regulação da vida em sociedade, ao passo que no Estado constitucional, ao lado do emprego da técnica casuística, passa a existir também a utilização da técnica redacional aberta, com a utilização, portanto, de termos vagos. (MITIDIERO, 2017a, p. 20).

Como forma de se apresentar essa técnica redacional aberta, tem-se os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, aqueles se valendo de termos vagos no suporte de incidência e com consequências jurídicas bem delimitadas; ao passo que estas se utilizam de termos dotados de vagueza redacional no suporte de incidência, não delimitando as consequências jurídicas de forma precisa. (MITIDIERO, 2017a, p. 20).

Por fim, como terceiro impacto trazido ao direito pelo Estado constitucional, encontra-se a mudança que se tem quanto ao significado da atividade interpretativa desempenhada pelo Poder Judiciário, mudando-se, portanto, a própria concepção que se tem acerca da natureza do Direito (MITIDIERO, 2017a, p. 20), sendo que essa virada na forma de se enxergar a mudança da natureza da atividade interpretativa será melhor analisada no tópico subsequente, cabendo aqui apenas fazer uma breve consideração sobre tal mudança.

Durante o Estado legislativo, conforme já visto acima, o Poder Judiciário era tido como a “boca da lei”, eis que em sua atividade de resolução dos casos concretos não cabia a este poder qualquer atividade valorativa, devendo apenas e tão somente descobrir a norma já contida no texto legal, produto exclusivo da atividade do Legislativo, tendo a atividade interpretativa, por conseguinte, uma natureza meramente cognoscitiva.

Por outro lado, no Estado constitucional, tem-se a noção da dualidade entre texto e norma, sendo que do produto da atividade do legislador não resulta a norma, mas apenas e tão somente o texto legal, objeto da atividade interpretativa, resultando dessa interação entre texto interpretação a norma, motivo por que a atividade interpretativa é aqui vista não apenas como declarativa do sentido do texto, mas também atributiva de sentido ao mesmo.

Da natureza não apenas declaratória da atividade de julgar, a qual por razões óbvias pressupõe a atividade de interpretar, Kelsen (2000, p. 264) já lecionava que uma decisão judicial, ao contrário do que se costuma pensar, não se resume a declarar o direito, indo a função do tribunal muito além.

Outra não é a lição preconizada por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 52), os quais assim preceituam:

Se tudo isso é verdade, então é impossível sustentar que a jurisdição, quando resolve situações jurídicas, apenas declara uma norma preexistente a fim de revelar o seu

significado intrínseco (cognitivismo interpretativo) mediante um juízo puramente silogístico (logicismo aplicativo). *A jurisdição não visa simplesmente à atuação de direitos subjetivos privados, à declaração da vontade concreta da lei ou à justa composição da lide, como se a interpretação e a aplicação do direito não colaborassem de forma ativa na positivação da ordem jurídica e, portanto, não importassem como direito vigente.* E se tudo isso é verdade, então parece igualmente evidente que a jurisdição também tem um papel de outorga de unidade ao direito, *dissipando-se dúvidas interpretativas e desenvolvendo o direito de acordo com as necessidades sociais, não sendo apenas um meio para a resolução de casos concretos.* Nessa perspectiva, obviamente que os conceitos de jurisdição apegados à tradição oitocentista não têm condições de definir de forma adequada aquilo que a jurisdição faz no Estado Constitucional. (grifos do autor).

Vê-se, portanto, que o direito não mais pode ser encarado como era ao tempo do Estado legislativo, não podendo mais o fenômeno jurídico ser entendido como um produto oriundo de um monopólio do Poder Legislativo, passando a existir uma verdadeira atividade complementar entre o Parlamento e o Poder Judiciário na delimitação do direito que regerá a vida em sociedade, podendo-se falar em uma verdadeira revolução ocorrida no *civil law*.

Assim, de acordo com as sempre precisas lições de Marinoni (2016b, p. 15-16), vê-se que a transformação do *civil law* se deu em razão do aumento das cláusulas gerais e da evolução da teoria da interpretação, trazendo uma certa imprevisibilidade, porém tal mudança não pode acarretar a perda da coerência do sistema e a perda de distribuição de uma justiça racional.

Ora, como é mais do que evidente, esses impactos trazidos ao direito pelo Estado Constitucional têm como consequência natural uma maior liberdade conferida ao julgador, motivo por que a segurança jurídica e a igualdade que à época do Estado legislativo estavam garantidas no texto da lei, devem ser buscadas de outra forma, fazendo com que o direito processual deva ser (re)visto a partir dos valores vigentes hodiernamente como consequência do Estado Constitucional.

Acerca da necessária (re)leitura por que o direito processual deve passar, preciosas são as palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 27), as quais, apesar de serem dirigidas ao direito processual civil, não há como não se estenderem ao direito processual como um todo:

E isso após a própria concepção de direito ter sido completamente transformada. A lei, que na época do Estado legislativo valia em razão da autoridade que a proclamava, independentemente da sua correlação com os princípios de justiça, não existe mais. A lei, como é sabido, perdeu o seu posto de supremacia e hoje é subordinada à Constituição e, por isso, já constitui *slogan* dizer que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais, contrariando o que antes acontecia, quando os direitos fundamentais dependiam da lei.

Portanto, diante do quadro de incertezas que é trazido pela abertura semântica ínsita ao fenômeno jurídico, a busca por segurança jurídica não deve mais ser feita única e exclusivamente baseada no texto da lei, sendo que em face desta possibilidade de multiplicidade

das decisões, a fim de se demonstrar as diferenças entre dois grandes sistemas jurídicos na busca por segurança, Marinoni (2016a, p. 53) aduz que enquanto no *civil law* se imaginou que a segurança e a previsibilidade estavam na lei, o *common law* já tinha depreendido a possibilidade de diferentes interpretações, vendo na força vinculante dos precedentes a solução para tal problema.

Dessarte, em uma sociedade em que não há como se livrar de textos normativos cada vez mais dotados de uma vagueza acentuada, o que, como visto acima, é uma decorrência do próprio advento do Estado Constitucional, instituir um sistema de precedentes obrigatórios é fazer prevalecer valores como unidade e desenvolvimento do direito, igualdade, fortalecimento das instituições, limitação do poder estatal, previsibilidade, dentre outros (MARINONI, 2016b, p. 103-116), conforme se deterá melhor mais à frente.

3.3 A dupla indeterminação do texto jurídico como um fator de risco a valores inerentes ao estado democrático de direito e como fator determinante na virada da natureza da atividade interpretativa do direito

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, dentre inúmeros temas inovadores trazidos por tal diploma normativo, um dos que mais debates tem suscitado, senão o tema que mais suscitou debates, é aquele pertinente à instituição de um sistema de precedentes.

A norma central quanto a tal temática é o disposto no art. 927, o qual elenca decisões que teriam o condão de gerar uma eficácia vinculante com relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como para o próprio órgão de onde emanou a decisão.

Uma questão primordial que se coloca sobre essa instituição de um sistema de precedentes em uma lei infraconstitucional é sobre a própria constitucionalidade de tal medida, isto é, a pergunta se a estruturação de um sistema de precedentes vinculantes para o direito brasileiro, historicamente enraizado na tradição do *civil law*, não teria que se dar por meio de uma emenda constitucional, o que será melhor debatido mais à frente.

Porém, antes de se enfrentar o debate acerca da constitucionalidade ou não de um sistema de precedentes positivado por intermédio de uma legislação infraconstitucional, mister se faz verificar a o fenômeno jurídico como sendo algo que é detentor por natureza de uma dupla indeterminação.

Dessarte, deve-se ter presente que o discurso jurídico se apresenta como sendo um discurso que, trazido apenas pelo texto legislativo, não oferta respostas previamente prontas, defluindo-se daí que a interpretação e a aplicação do direito se revestem como atividades

essencialmente lógico-argumentativas e não apenas dotadas de lógica como se pensava anteriormente, isto é, à época do Estado legislativo.

Pois bem, como já dito linhas atrás, ao tempo do Estado legislativo, onde se entendia que a norma era sinônimo de lei, criou-se o mito de que os valores como a segurança jurídica, a liberdade, a igualdade, dentre outros, eram garantidos na generalidade e abstração da lei, sendo que o Poder Judiciário exercia um poder nulo, apresentando-se o juiz como “a boca da lei”. (MARINONI, 2017a, p. 29-31).

Porém, ao se instalar o Estado Constitucional, com aqueles três grandes impactos dantes elencados, viu-se que tais valores que cabe ao Estado garanti-los não podiam ser protegidos apenas e tão somente por textos legislativos, e isso por um motivo bem simples, qual seja, o fato de que hodiernamente se reconhece o direito como sendo um fenômeno dotado de uma dupla indeterminação.

Essa dupla indeterminação decorre do fato de que os textos legislativos se apresentam de forma equívoca e vaga.

Assim, de acordo com as lições de Mitidiero (2017b, p. 59), a equivocidade dos textos se dá quando os mesmos se apresentam ambíguos, complexos, implicativos, defectíveis ou postos de forma aberta ou fechada.

A ambiguidade ocorre quando do texto advém a possibilidade de se obter dois ou mais significados que se apresentam excludentes entre si. (MITIDIERO, 2017b, p. 59).

Por sua vez, um texto se mostra complexo a partir do momento em que dele podem advir dois ou mais significados que são possíveis e concorrentes. (MITIDIERO, 2017b, p. 59).

Quando de um significado decorre logicamente a possibilidade de outro significado, o texto se apresenta como implicativo. (MITIDIERO, 2017b, p. 59).

Ademais, o aludido autor continua para afirmar que o texto se apresenta como sendo defectível quando o mesmo estiver sujeito à incidência de exceções implícitas. (MITIDIERO, 2017b, p. 59).

Por fim, os textos se apresentarão equívocos a depender da forma como redigidos, isto é, se redigidos de forma a indicar uma simples enumeração exemplificativa, ou se redigidos de maneira a indicar uma enumeração taxativa. (MITIDIERO, 2017b, p. 59).

Ainda de acordo com as lições preconizadas por Mitidiero (2017b, p. 60), a vagueza de um texto é determinada pelo fato de que é impossível de antemão se conseguir prever todas as hipóteses que estão ou não sob à incidência do aludido texto.

Assim, “A vagueza normativa, portanto, deriva do fato de os predicados normativos terem seus confins de aplicação incertos por força da indeterminação das suas características e do seu alcance.” (MITIDIERO, 2017b, p. 60).

Dessarte, é no instante em que se reconhece essa dupla indeterminação inerente ao discurso do texto jurídico que se aumenta bastante a discricionariedade do aplicador da lei.

Portanto, a consequência lógica dessa dupla indeterminação do direito, que, por sua vez confere mais discricionariedade ao julgador, é trazer à tona a realidade de que valores que se acreditavam que estavam resguardados a partir da abstração e generalidade da lei, como a segurança jurídica, a liberdade e a igualdade, dentre outros, encontram-se em evidente situação de ameaça diante da insuficiência do texto legislativo para a promoção de suas tutelas.

Tal quadro faz com que o ordenamento jurídico tenha a obrigação de se valer de instrumentos que possam conferir uma razoável dose de racionalidade ao processo de depuração da dupla indeterminação do direito, garantindo-se, por conseguinte, a construção do direito a partir da conjugação de esforços entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Das palavras de Mitidiero (2017b, p. 60-61), pode-se extrair a seguinte assertiva:

Para que esse processo de permanente determinação do direito possa ser realizado de forma segura, é preciso que seja empreendido de forma racional seja do ponto de vista da *atividade interpretativa*, seja do ponto de vista do seu *resultado*. Em outras palavras, a fim de que exista uma segura densificação do direito é preciso que a interpretação seja racional. Sem *racionalidade* não há como realizar um controle *intersubjetivo das razões* invocadas pelo intérprete para suportar decisões diante das *dúvidas interpretativas* surgidas em face do direito aplicável. (grifos do autor).

Outra consequência desta dupla indeterminabilidade dos textos jurídicos, para além de riscos a valores do Estado Constitucional, verifica-se quanto à mudança acerca da atividade interpretativa, bem como quanto à tarefa de aplicação do direito.

Ao tempo do Estado legislativo, enxergou-se na atividade interpretativa uma função meramente declaratória e quanto à aplicação do direito uma atividade meramente lógica, eis que a norma já estava insculpida no texto.

Segundo Mitidiero (2017b, p. 60-65), tal forma de se encarar o fenômeno jurídico, isto é, um fenômeno que tem essa dupla indeterminabilidade como uma nota característica, tem como consequência o fato de que a partir do reconhecimento acerca da equivocidade e da vagueza do texto, pode-se deduzir que texto e norma não mais podem ser encarados como sinônimos, motivo por que a interpretação doravante é vista ao mesmo tempo como atividade e como resultado.

Apresenta-se como atividade enquanto labor que recai sobre o texto e se apresenta como resultado no momento em que, com a junção entre texto e interpretação, (re)constrói-se a

norma, tendo-se com isso uma guinada na teoria da interpretação que deixa de ser cognitivista e declaratória, assumindo uma feição nitidamente (re)construtivista e adscritivista da ordem jurídica, surgindo desta conjuntura a necessidade de se trabalhar com os precedentes.

Por outro lado, para que se possa melhor trabalhar com o direito, é imprescindível que não se despreze a atividade desenvolvida pelo legislador ao elaborar o texto normativo, passando-se a achar que o julgador está livre para atribuir qualquer sentido ao texto.

Isto é, se o Estado legislativo errou ao pressupor uma inexistente supremacia do Parlamento sobre o Poder Judiciário, não se pode permitir que o Estado Constitucional incida em erro semelhante, desta feita se pressupondo também erroneamente uma supremacia do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo, devendo o direito em verdade ser visto como um produto do esforço conjunto destes dois poderes, tudo isso como uma decorrência lógica da já mencionada dupla indeterminação do fenômeno jurídico.

Neste diapasão, de acordo com as lições trazidas à baila por Mota (2017, p. 83), verifica-se que a melhor doutrina quanto à natureza da atividade interpretativa seria aquela que fica no meio-termo entre uma teoria formalista e uma teoria antiformalista.

Assim, não mais se pode conceber uma vertente formalista do fenômeno interpretativo, em que a atividade do intérprete se resumiria a conhecer um sentido unívoco e preexistente, bem como também não há que se admitir uma concepção calcada em um antiformalismo extremo, em um ambiente, portanto, onde o intérprete estaria livre de quaisquer amarras, sendo o texto a inegabilidade do ponto de partida. (MOTA, 2017, p. 83).

Quanto aos impactos que tal compreensão da distinção entre texto e norma traz para a atividade processual, um importante efeito e que mais interessa ao presente trabalho diz respeito à imperiosa necessidade de se passar a trabalhar com um sistema que busca a coerência na aplicação do direito, sendo que uma das formas de se otimizar essa busca por uma racionalidade na aplicação do direito é justamente o labor com um sistema de precedente.

3.4 A constitucionalidade do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015: uma necessidade decorrente da natureza da atividade interpretativa

Conforme já delineado acima, com o advento do Estado Constitucional, a função desempenhada pelo texto constitucional muda consideravelmente quando comparada ao seu papel à época do Estado legislativo.

Ora, se no Estado legislativo o texto constitucional era encarado mais como um documento de cunho político, regulamentando a atividade do legislador apenas e tão somente

no seu aspecto de se determinar o iter procedimental na produção das leis, tal cenário não mais se apresenta no contexto do Estado Constitucional onde o texto magno, para além da definição do iter de produção das leis, passa também a determinar conteúdos às mesmas, verificando-se daí que há um verdadeiro ganho de importância que é conferido aos textos constitucionais.

Acerca da centralidade conferida aos textos constitucionais no contexto do Estado Constitucional, Barroso (2013, p. 240) leciona que:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado.

Pois bem, é nesse quadro pós Segunda Guerra Mundial que vem à lume a Constituição Federal de 1988 como ponto culminante da redemocratização brasileira, sendo que neste momento vários anseios sociais foram ali expressos, o que teve o condão de gerar um texto constitucional deveras abrangente.

Acerca dessa abrangência do texto constitucional brasileiro e o seu reflexo no dia a dia de algumas áreas da organização social, Barroso (2013, p. 26-27) afirma que a abertura para vários setores da sociedade, propiciando-se, portanto, uma verdadeira participação popular, teve o paradoxo de se ter ao final um texto que possuía uma enorme gama de variados interesses, podendo-se dizer que a participação ampla, a multiplicidade de interesses e a ausência de um projeto, gerou ao final um texto em muitos aspectos prolixo, casuístico e corporativo.

Interessante notar que essa abrangência do texto constitucional afetou sobremaneira o desempenho futuro da atividade legislativa, eis que como quase tudo passou a caber dentro da Constituição Federal, resultou daí dois aspectos do constitucionalismo brasileiro atual, quais sejam, como tudo que interessa à organização social está ou deveria estar na Constituição, toda e qualquer mudança há de ser feita por alterações constitucionais, o que requer uma maioria qualificada de três quintos, isto é, as reformas políticas do dia a dia são feitas por intermédio de emendas constitucionais, sendo que o segundo aspecto é justamente uma decorrência desse primeiro, isto é, o segundo aspecto do constitucionalismo brasileiro atual é o número exagerado de emendas constitucionais, o que em certo aspecto milita contra o caráter de permanência e durabilidade de que devem se revestir os textos constitucionais. (BARROSO, 2013, p. 27).

Ora, esse cenário de ganho de importância conferida ao texto constitucional na segunda metade do século XX, aliado à grande abrangência do texto constitucional brasileiro, com as duas características daí advindas e acima mencionadas, gerou nos operadores do direito no Brasil um sentimento de que toda e qualquer alteração da ordem jurídica posta há de se passar necessariamente pela mudança constitucional, sob pena de o atuar do Poder Legislativo ser imediatamente tido por inconstitucional por não respeitar a vontade do Poder Constituinte.

Dessarte, tal situação de uma “possível inconstitucionalidade em todo atuar do legislador” se reflete com o Código de Processo Civil de 2015, ao ter este diploma instituído, dentre inúmeras alterações no processo brasileiro, uma que se reputa como sendo a alteração de maior impacto, qual seja, a positivação de um sistema de precedentes, sempre devendo ser lembrado que o processo civil se aplica a todos os processos, ao menos de forma subsidiária e desde que guardada a compatibilidade com os respectivos ramos processuais.

Assim, como é natural, em face dos caracteres do constitucionalismo brasileiro atual, tal possível inconstitucionalidade prévia vista por muitos é fruto de uma visão que se tem de uma constituição que deve ser total.

Neste sentido, algumas vozes, antes mesmo de tentarem extrair as potencialidades das normas do novo Código de Processo que instituíram um sistema de precedentes, lançam-nas a pecha de inconstitucional, pois, de acordo com essa visão, tal eficácia teria de advir por meio de uma emenda à constituição, tal qual ocorreu com a súmula vinculante, que fora positivada no texto constitucional por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Tal posicionamento, entretanto, não merece prosperar, pois tal ponto de vista parte de um conceito de constituição total, no que toda a regulação da vida social deve estar diretamente prevista na Constituição, em total descrédito ao Parlamento, o que, por óbvio, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser tolerado na medida em que o reconhecimento da competência decisória do Poder Legislativo é imprescindível para o salutar desenvolvimento social.

Ao tecer críticas sobre este modelo de constituição, Silva (2014, p. 115) leciona que “[...] se levarmos a sério este tipo de concepção acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais, pouco ou nada restará de autônomo a outros campos do direito e ao legislador infraconstitucional.”

Neste diapasão, para os fins do presente trabalho, no que pertine à análise da constitucionalidade de um sistema de precedentes positivado por meio de legislação infraconstitucional, adota-se o conceito de constituição como moldura, a fim de que, dentro dos

limites impostos pelo texto constitucional, respeite-se as decisões políticas tomadas no seio do Parlamento, poder legítimo, cujos representantes foram eleitos diretamente pelo povo.

Quanto ao conceito da constituição como uma moldura, também se recorre às palavras de Silva (2014, p. 116) ao dispor que “A *metáfora da moldura*, no campo da teoria constitucional, é usada para designar uma constituição que apenas sirva de limites para a atividade legislativa. Ela é apenas uma moldura, sem tela, sem preenchimento.”

Ora, como já visto anteriormente, o advento do Estado Constitucional trouxe três grandes impactos para o direito, quais foram, a ampliação das espécies normativas, que passou a englobar as regras, os princípios e os postulados; mudanças na forma da técnica legislativa, que passou a usar em grande escala a técnica de redação aberta; e também uma mudança na natureza da atividade interpretativa, que deixa de ser apenas declaratória para também assumir uma natureza atributiva de sentido à ordem jurídica.

Como não poderia deixar de ser, tais mudanças trazem uma grande margem de apreciação ao aplicador do direito, bem como também trazem por consequência uma grande insegurança jurídica, colocando, por conseguinte, valores como a liberdade, a igualdade, a coerência da ordem jurídica, dentre outros, em xeque, justamente em face desta flexibilidade com que se apresenta os textos normativos nesta nova quadra.

Dessarte, torna-se salutar a implantação de técnicas que propiciem uma maior racionalidade na busca de sentido ao direito, sendo que o sistema de precedentes é justamente um meio legítimo que se coloca a fim de conter o excesso de discricionariedade que se apresenta hodiernamente para o julgador.

Assim, vê-se que o novo Código de Processo Civil tem o nítido propósito de valorizar a força vinculante dos precedentes como uma decorrência necessária da dupla indeterminabilidade do fenômeno jurídico, tendo no art. 927 uma das maiores novidades, a qual se dá através da vinculação dos juízes àquelas decisões previstas no mencionado artigo, sem prejuízo da visão de que o rol das decisões ali elencadas se apresenta como sendo meramente exemplificativo.

Assim, o que garante a constitucionalidade dos precedentes, ainda que não tenha havido qualquer alteração de ordem constitucional, é justamente a busca de concretização de valores que são caros ao Estado Democrático de Direito como, por exemplo, isonomia, segurança jurídica, dentre outros, sendo que tal relevância que foi atribuída aos precedentes se pode depreender do disposto no art. 489, § 1º, VI, do Código de Processo Civil de 2015 ao considerar como não fundamentada a decisão que não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

precedente invocado pela parte, sem fazer a devida distinção entre os casos sob julgamento e o caso paradigma, ou mesmo sem demonstrar a superação do precedente.

Segundo Mitidiero (2017b, p. 124), versando sobre o novo Código de Processo Civil, depreende-se que “[...] é lícito dele esperar: um instrumento comprometido com a segurança jurídica, com a liberdade e com a igualdade, um instrumento permeado pela racionalidade, um instrumento capaz de implementar um projeto para a Justiça Civil.”

Ademais, é de se ressaltar a visão exposta por Neves (2016, p. 1034) no sentido de que, ainda que se levante perante o Supremo Tribunal Federal uma possível inconstitucionalidade acerca dos três últimos incisos do art. 927 do Código de Processo Civil, dificilmente tal argumento será acatado, até mesmo porque tais dispositivos terão o condão de reduzir os números de recursos extraordinários e especiais, notadamente aqueles dotados da nota da repetitividade.

Por fim, como dito acima, um dos maiores motivos que impactou na transformação dos sistemas de *civil law* foi a mudança paradigmática ocorrida no seio da teoria da interpretação, a qual foi uma consequência da ampliação das espécies de normas, bem como a ampliação do emprego da técnica legislativa de cláusulas abertas, ampliando-se a liberdade do intérprete.

Tais fatores, reitera-se, deixaram evidente que o objeto da interpretação não mais podia ser encarado como a norma, fixando-se o objeto de tal atividade no texto normativo, sendo que a norma, em verdade, é o resultado da interpretação, apresentando-se a definição da natureza da atividade interpretativa como sendo uma atividade adscritivista, o que se apresenta, portanto, como um dos maiores dados a ser considerado no debate sobre a legitimidade constitucional de um sistema de precedentes, mesmo sem ter havido uma alteração formal da Constituição Federal.

Assim, pode-se afirmar que a instituição de um sistema de precedentes pelo legislador infraconstitucional na elaboração do novo Código de Processo Civil, ao invés de ser caracterizada como uma atividade feita à revelia do legislador constituinte, foi uma decorrência lógica da distinção hodierna que deve se estabelecer entre texto e norma, uma decorrência lógica da dupla indeterminabilidade do direito, conferindo-se balizas racionais para atividade do intérprete, se não eliminando, ao menos contendo o arbítrio interpretativo, garantindo-se, ao fim, uma maior segurança ao sistema durante o processo de tomada de decisões normativas de conflitos.

3.5 O conceito de precedentes e sua necessária distinção da jurisprudência

Ora, verificado que um sistema de precedentes se apresenta como uma necessidade decorrente da virada na natureza da atividade interpretativa, daí o porquê não se pode falar em inconstitucionalidade do sistema trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, conforme se viu nos tópicos anteriores, faz-se imprescindível a definição de um conceito de precedentes.

Em um primeiro momento, há que se registrar que precedentes são as condições necessárias e suficientes para se tomar uma determinada decisão sobre um dado caso, sendo essas decisões adotadas pela maioria ou pela unanimidade dos membros do órgão colegiado de uma Corte Suprema incumbida de tomar aquela decisão. (MITIDIERO, 2017b, p. 89-90).

De tal conceito, pode-se extrair a materialidade, a qualitatividade, a funcionalidade e a vinculatividade como elementos intrínsecos do conceito de precedentes (MITIDIERO, 2017b, 90-92), servindo tais elementos para apartar os conceitos de precedente e de jurisprudência.

Ao se fazer menção de que o precedente é um conceito material, quer-se dizer que para a interpretação do mesmo, faz-se mister ter em conta o delineamento do contexto fático-jurídico em que se deu a prolação da decisão, estando o precedente, portanto, intrinsecamente ligado aos fatos que lhe deram origem. (MITIDIERO, 2017b, p. 91).

Acrescente-se que esse delineamento fático-jurídico se apresentará de extrema importância, pois apenas e tão somente com a perfeita individualização deste quadro é que se poderá fazer um juízo futuro do caso que se estará a julgar com o precedente, isto é, a decisão paradigma, possibilitando-se, destarte, a aplicação do *distinguishing*.

A qualitatividade do precedente se deve ao fato de que para que ele se configure não se fazem necessárias inúmeras decisões na medida em que o surgimento do precedente se verifica em razão da qualidade das razões invocadas na justificação. (MITIDIERO, 2017b, p. 90).

Dessarte, para que uma decisão judicial se apresente com potencialidade de se produzir um precedente, não importa a forma como se produz tal *decisium*, importando em verdade as qualidades com que se apresentam as razões de se decidir, daí o porquê se afirmar que o precedente é um conceito qualitativo e não formal ou mesmo quantitativo.

No que toca à funcionalidade com que se apresenta o conceito de precedente, quer-se dizer que diante da leitura que deve ser conferida ao papel das Cortes de Vértice na consecução de unidade ao direito, furto da configuração conferida ao Direito pelo Estado Constitucional, e que será abordada em tópico posterior, verifica-se que diante desta nova funcionalidade atribuída às Cortes de Vértice pelo Estado Constitucional, toda e qualquer decisão prolatada por

uma dessas cortes terão aptidão para gerar um precedente, desde que tais decisões se apresentem com determinada característica. (MITIDIERO, 2017b, p. 91-92).

Assim, verifica-se que os precedentes surgem em decorrência da função típica a ser desempenhada pelas Cortes de Vértice em um Estado Constitucional de Direito.

E por fim, mas não menos importante, a eficácia vinculante dos precedentes decorre da própria função por eles desempenhada, qual seja, a necessidade de se reduzir a indeterminação com que se apresenta o fenômeno jurídico, trazendo-se, por conseguinte, uma unidade ao direito, garantindo-se ao fim valores imprescindíveis para o Estado Democrático de Direito, como a liberdade, igualdade, segurança jurídica, dentre outros. (MITIDIERO, 2017b, p. 92).

Neste momento, também há que se ter em mente que os conceitos de precedentes e jurisprudência não se confundem, sendo que o fator diferencial entre ambos os conceitos se deve ao fato de que os precedentes consubstanciam a palavra final acerca do sentido atribuído ao texto, ao passo que a jurisprudência, ainda que dotada de força vinculante, não tem a nota da definitividade. (MITIDIERO, 2017b, p. 88).

A fim de se buscar um conceito para a jurisprudência, a qual tradicionalmente é vista como um conjunto reiterado de decisões em um determinado sentido, é necessário se reter que tal instituto teve o seu sentido ampliado pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo que ao lado da jurisprudência dita tradicional, pode-se falar doravante em uma jurisprudência uniformizadora. (MITIDIERO, 2017b, p. 88-89).

Assim, se o conceito de precedente é unívoco, o mesmo não ocorre com o conceito de jurisprudência, eis que diante da disciplina trazida pelo novo Código de Processo Civil, pode se depreender que ao conceito tradicional de jurisprudência acima indicado, deve ser acrescido o conceito de jurisprudência uniformizadora. (MITIDIERO, 2017b, p. 94).

Se os conceitos de jurisprudência e jurisprudência uniformizadora têm em comum o fato de que ambos decorrem de interpretações conferidas aos textos por Cortes de Justiça, isto é, tribunais de segundo grau, tais conceitos apresentam entre si três diferenças básicas. (MITIDIERO, 2017b, p. 94).

A primeira dessas diferenças diz respeito ao fato de que ao passo que a jurisprudência tradicional tem a necessidade de uma série de julgados para o seu surgimento, a jurisprudência uniformizadora pode surgir de apenas um único julgamento, podendo-se mencionar as decisões oriundas do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência. (MITIDIERO, 2017b, p. 94).

Como segunda diferença, pode-se apontar o fato de que a jurisprudência tradicional não se apresenta com nenhuma forma prévia para a sua formação, ao passo que a jurisprudência uniformizadora se forma a partir daquelas hipóteses procedimentais previamente estipuladas pelo legislador, podendo-se novamente mencionar a título de exemplo os incidentes de resolução de demandas repetitivas e o de assunção de competência. (MITIDIERO, 2017b, p. 94).

Por fim, a última diferença entre os conceitos de jurisprudência tradicional e jurisprudência uniformizadora se deve ao fato de que enquanto a esta é atribuído o efeito vinculante, tal situação não se verifica no que pertine à configuração da jurisprudência tradicional. (MITIDIERO, 2017b, p. 94).

Ademais, das lições de Mitidiero, bem como das lições de Marinoni, pode se extrair um requisito para o surgimento dos precedentes, sendo tal requisito consistente na imperiosidade de que a decisão geradora de precedentes seja tomada pela unanimidade ou pela maioria do órgão colegiado com competência para a tomada daquela decisão, isto é, é necessário que se tenha uma decisão majoritária quanto aos seus fundamentos.

Ora, das lições de Mitidiero (2017b, p. 89-90) se verifica que as decisões formadoras de precedentes devem ser tomadas pela integralidade ou ao menos pela maioria dos membros dos colegiados das Cortes Supremas na resolução de uma dada questão jurídica.

Outra não é a lição de Marinoni (2015, p. 30-31) ao aduzir que na definição da existência de um precedente não basta a mera contagem de votos acerca do provimento da tese, fazendo-se necessário que se verifique o número de julgadores que aderiram ao fundamento que restou vitorioso, chegando o autor a mencionar a título de exemplo que em um julgamento cujo resultado final foi de 3 (três) a 2 (dois), só haverá que se falar na existência de *ratio decidendi* caso os três votos vencedores tenham aderido ao mesmo fundamento.

No que pertine à formação da jurisprudência uniformizadora, outra não é a lição preconizada por Mitidiero quanto à necessidade de uma decisão formada pela integralidade ou ao menos pela maioria dos membros do colegiado das Cortes de Justiça.

Para evidenciar a necessidade de maioria dentro do colegiado também quanto à jurisprudência uniformizadora, depreende-se das lições de Mitidiero (2017b, p. 94-95) que “Como é necessário também aqui individualizar razões, importa que essas Cortes atuem *nesses incidentes* com decisões colegiadas – e não plurais – e com fundamentações unânimes ou majoritárias – e não com fundamentações concorrentes.”

Dessarte, verifica-se que a formação de decisões majoritárias quanto aos seus fundamentos será imprescindível para a formação de um precedente, de acordo com as lições

de Marinoni e Mitidiero acima expostas, bem como também será necessária com vistas a existência de uma jurisprudência uniformizadora, consoante o pensamento de Mitidiero, o qual também foi acima destacado, daí o porquê se pode concluir que “O novo Código de Processo Civil introduziu o conceito de *precedentes* no direito brasileiro. Os *precedentes* não são equivalentes às decisões judiciais.” (MITIDIERO, 2017b, p. 83).

Para se encerrar o presente tópico, há de se ressaltar que a definição do conceito de precedente com a sua decomposição nos seus respectivos elementos, em especial aqui a sua funcionalidade, reveste-se de grande importância para a sua diferenciação da jurisprudência, conforme se viu acima, sendo que é justamente a partir desta diferenciação que se pode estabelecer distinções entre Cortes de Justiça e Cortes Supremas a fim de se verificar com qual natureza se apresenta o rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, eis que em um cenário ideal de distribuição das competências judiciais, apenas às Cortes de Vértice, estruturadas em um modelo de Cortes Supremas, pode-se atribuir a função de produção de precedentes..

Por fim, também há que se ter em mente que a partir da diferenciação entre Cortes de Justiça e Cortes Supremas, com a respectiva definição da natureza do rol do mencionado art. 927, poder-se-á definir com que natureza se apresenta a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o direito brasileiro, isto é, se como Corte de Justiça ou como Corte Suprema, decorrendo-se da definição desta sua característica, portanto, a natureza precedental ou não das decisões da Corte de San José, o que será objeto de estudo nos tópicos seguintes.

3.6 A importância da *ratio decidendi* dos precedentes para os fins da diminuição/eliminação do fenômeno jurídico em face de sua dupla indeterminabilidade

Conforme visto anteriormente, a dupla indeterminação do direito traz um sério risco a valores que se apresentam como essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito, daí surgindo o natural processo de delimitação do sentido dos textos legais por parte da atividade interpretativa, não mais podendo se encarar essa atividade como sendo apenas e tão somente dotada de um caráter cognitivista.

Por outro lado, essa (nova) roupagem com que se reveste a atividade interpretativa faz com que o ordenamento jurídico tenha de buscar meios de se conferir limites racionais à interpretação com vistas ao controle intersubjetivo do processo decisório.

Pois bem, diante de tal quadro, os precedentes vinculantes se apresentam como um meio natural de luta contra a indeterminação do direito em qualquer ordenamento jurídico,

verificando-se na atualidade uma estrita correlação entre os sistemas jurídicos vinculados ao *civil law* e aqueles vinculados ao *common law*.

Assim, é mister que o direito brasileiro passe a conviver com categorias jurídicas que são ínsitas aos sistemas de *common law*, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling*, *distinguishing*, dentre outras.

Acerca da conceituação do precedente e da importância que as razões de decidir passam a ter na ordem jurídica através de sua vinculatividade, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 455) afirmam que:

Em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada a luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. O precedente é composto pelas: *a*) circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; *b*) tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; *c*) argumentação jurídica em torno da questão. Assim, embora comumente se faça referência à eficácia obrigatória ou persuasiva do *precedente*, deve-se entender que o que pode ter caráter obrigatório ou persuasivo é a sua *ratio decidendi*, que é apenas um dos elementos que compõem o precedente. Na verdade, *em sentido estrito*, o precedente pode ser definido como sendo a própria *ratio decidendi*.

Ora, diante desta dupla indeterminação dos textos legais, gerando-se, por conseguinte, a necessidade de se trabalhar com os precedentes a fim de se dar unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação, portanto, em um esforço conjunto entre o Legislativo e o Judiciário, verifica-se que a tarefa de justificação das razões de decidir ganham especial relevo, conferindo-se ainda maior relevo à atividade de identificação da *ratio decidendi* em face da capacidade de vinculação do precedente a partir daquelas razões de decidir, e, portanto, com capacidade de redução/eliminação da dupla indeterminabilidade que o fenômeno jurídico traz consigo.

Destarte, pode-se depreender que não se pode confundir o precedente com a decisão judicial, eis que ao mesmo tempo em que se pode concluir que todo precedente emana de uma decisão judicial, vê-se que nem toda decisão judicial é portadora de um precedente.

Ademais, mesmo nas decisões judiciais que trazem em seu bojo um precedente, não é toda a decisão que contém o precedente, eis que também podem ser encontrados elementos que não apresentam uma eficácia vinculante, representando, portanto, apenas comentários auxiliares, que se denominam *obiter dictum*.

Ora, diante de tal quadro, conforme se disse acima, a fim de se eliminar/reduzir a dupla indeterminação do direito, quando se passa a trabalhar com os precedentes, a parte da decisão judicial que ganha um relevo de forma exponencial é a fundamentação do *decisum*, eis que é na fundamentação que se cria a norma jurídica a partir do caso concreto, sendo que esta norma jurídica, para além de gerar fundamento para a parte dispositiva da decisão, por um processo de

indução, gerará a tese jurídica que será aplicada nos futuros casos, ou seja, através deste processo de indução será extraída a *ratio decidendi*, devendo ser ressaltado que, de acordo com as lições de Neves (2016, pg. 1313), “[...] a *ratio decidendi* (chamada de *holding* no direito americano) é o núcleo do precedente, seus fundamentos determinantes, sendo exatamente o que vincula.”

Ademais, a doutrina tem elencado algumas teorias através das quais se pode extrair a *ratio decidendi*, registrando-se que, de acordo com os ensinamentos de Didier Júnior; Braga e Oliveira (2016, p. 462), é apontado o “teste de Wambaugh”, segundo o qual para se extrair a razão de decidir de um julgado, deve-se aplicar a técnica da inversão, de acordo com a qual, uma vez retirada a causa de decidir de um julgado, o resultado seria outro, sendo que tal método é criticado na medida em que o mesmo se mostra insuficiente ao se adotar duas ou mais razões de decidir.

Em face dessa insuficiência do método acima mencionado, para os fins de identificação da *ratio decidendi*, surge o método de Goodhart que dá ênfase aos fatos subjacentes à causa, propugnando-se que para a definição da *ratio decidendi* é fundamental a perquirição dos fatos fundamentais da causa. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 462-463).

Porém, Didier Júnior; Braga e Oliveira (2016, p. 463), ao mencionar esses dois métodos, concluem que a melhor solução é aquela que exsurge da aplicação de ambos os métodos, sobressaindo-se, portanto, um método eclético na definição da *ratio decidendi* de um julgado. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 463).

Dessarte, não há como se extrair a *ratio decidendi* de um julgado estando alheio às particularidades ocorridas na resolução de um caso, daí o porquê a súmula por si só não se prestar para gerar precedente, bem como esse é o motivo por que em um sistema jurídico onde se privilegia o precedente não se pode descurar do ganho de importância que deve ser dado ao relatório da decisão judicial, sendo essa a lição de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 317) ao vaticinar a impossibilidade de se aplicar um precedente sem se socorrer dos fatos da causa que gerou o precedente, chamando a atenção, portanto, para o ganho de importância que se deve dar doravante ao próprio relatório do *decisium*.

Assim, verificada a importância de que se reveste a *ratio decidendi* para um sistema de precedentes, verifica-se, por via de consequência, a importância que estas razões de decidir também apresentam como elemento para se eliminar/diminuir a dupla indeterminação dos textos normativos, eis que são essas fundamentações que iluminarão as formas com que os textos jurídicos devem ser vistos pela sociedade como um todo.

3.7 As funções dos tribunais de vértices em decorrência das transformações do estado constitucional: cortes superiores ou cortes supremas

Em um ordenamento jurídico, faz-se mister que as cortes judiciárias tenham as funções muito bem delineadas a fim de que a partir de uma colaboração que se verifique ao longo da atividade processual, possa a tutela jurisdicional efetiva ser prestada com a observância dos preceitos constitucionais, dentre eles, os postulados da duração razoável do processo e o da eficiência.

Diante deste desiderato, desde já há de ser ressaltado que dentre inúmeras razões que justificam a bipartição das Cortes Judiciárias, duas se sobressaem. (MITIDIERO, 2017a, p. 36).

A primeira destas razões, de ordem interna ao sistema de justiça, diz respeito à necessária estruturação judiciária com vistas a se obter economia processual, eis que é de suma importância que “as cortes trabalhem menos para trabalharem melhor.” (MITIDIERO, 2017a, p. 36-37).

A segunda das razões que merecem destaque, de ordem externa, a partir da perspectiva do destinatário do serviço jurisdicional, diz respeito à necessidade de prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, eis que a abertura de determinadas instâncias judiciais apenas se justificam na medida em que tal abertura se verifica de acordo com a finalidade com que tais instâncias judiciais foram pensadas dentro da organização judicial. (MITIDIERO, 2017a, p. 36-37).

Pois bem, tendo por referencial teórico as lições de Mitidiero (2017a, p. 36-41), verifica-se que as cortes judiciárias de um determinado ordenamento jurídico podem ser apartadas em Cortes de Justiça e Cortes de Vértices, sendo que essas últimas podem assumir um modelo de Cortes Superiores ou Cortes Supremas.

Neste diapasão, há que se fixar desde logo que o núcleo a partir do qual gravitará as distinções acima preconizadas é justamente o instituto dos precedentes, daí o porquê se faz mister rever o conceito de tal instituto.

Do conceito de precedentes acima desenvolvido a partir de Mitidiero, foi possível extrair quatro elementos que configuram tal instituto, sendo que, daqueles elementos já indicados, sobressai-se para o presente tópico aquele pertinente à questão da funcionalidade de que se reveste o conceito de precedente.

Para tanto, recorre-se à definição de Mitidiero (2017b, p. 91-92) quanto à característica de funcionalidade como sendo um elemento do conceito de precedentes, o qual assim leciona:

É um conceito funcional porque depende da função do órgão jurisdicional do qual promanam – os precedentes são oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo deve

ser resolvido. Os precedentes decorrem da interpretação do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça empreendida pelo colegiado de forma unânime ou por maioria a respeito de determinada questão controvertida.

Acerca de tal característica, qual seja, de ser o precedente algo que se apresenta a partir da função desempenhada pelas Cortes de Vértice, verifica-se os ensinamentos de Mitidiero (2017a, p. 36-41) no sentido de que as Cortes Judiciárias de um determinado ordenamento jurídico, para os fins de uma perfeita delimitação dos trabalhos que cada uma dessas cortes deve desempenhar, devem ser bipartidas, isto é, as cortes judiciárias de uma dada ordem jurídica devem ser estruturadas a partir da divisão das mesmas em Cortes de Justiça e Cortes de Vértice.

Antes de se estabelecer a diferenciação entre Cortes de Justiça e Cortes de Vértice, há que se ter em mente que o processo no Estado Constitucional tem a obrigação de promover uma dupla tutela ao direito. (MITIDIERO, 2017a, p. 18).

Uma tutela voltada a uma dimensão particular, baseada na justa decisão para as partes, e outra tutela voltada a uma dimensão coletiva, pautada pela garantia da unidade do direito, tendo esse duplo desiderato da prestação da tutela jurisdicional, inclusive, sido explicitamente acolhido pelo novo Código de Processo Civil nos arts. 6º e 926. (MITIDIERO, 2017a, p. 18).

Assim, as Cortes de Justiça seriam aquelas preocupadas com a justiça do caso concreto, realizando o discurso individual que o processo deve tutelar a partir dos julgamentos de apelação e agravo de instrumento, sendo que o atuar destas Cortes se verifica de forma retrospectiva, daí o porquê no seu atuar se tem uma ampla liberdade quanto ao campo fático-probatório. (MITIDIERO, 2017b, p. 75-77).

As Cortes de Justiça seriam os tribunais de segundo grau, como os Tribunais de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, dentre outros.

As Cortes de Vértice, por sua vez, seriam aqueles tribunais que estão no topo da organização judiciária, como o Supremo Tribunal Federal, em matéria de direito constitucional, o Superior Tribunal de Justiça, em matéria de direito infraconstitucional residual, o Tribunal Superior do Trabalho, em matéria infraconstitucional trabalhista, *exempli gratia*, sendo que tais cortes ainda podem ser analisadas sob duas óticas, quais sejam, tais cortes podem se apresentar como Cortes Superiores ou como Cortes Supremas. (MITIDIERO, 2017a, p. 39-40).

Nesta visão bipartite de como podem as Cortes de Vértice se apresentarem, elas seriam Cortes Superiores quando ligadas ao modelo de prestação jurisdicional do Estado legislativo, modelo que não mais subsiste, tendo tais cortes, portanto, funções ligadas à tutela do direito produzido pelos Parlamentos, ou seja, é um modelo de corte que se correlaciona com a visão cognitivista da teoria da interpretação, modelo obsoleto, eis que a teoria cognitivista da interpretação cai por terra a partir do momento em que se consolida a visão do fenômeno

jurídico como algo dotado de uma dupla indeterminabilidade, conforme acima já aventado. (MITIDIERO, 2017a, p. 43-50).

Por outro lado, ainda de acordo com a visão esposada por Mititiedo (2017a, p. 65), as Cortes de Vértice devem se apresentar como Cortes Supremas justamente a partir do momento em que se dá a efetiva tomada de consciência acerca de alguns pressupostos, quais sejam, a dissociação existente entre texto e norma, a classificação tripartite das normas, as quais, na visão do autor, seriam regras, princípios e postulados, a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação em substituição da teoria cognitivista, bem como o reconhecimento de que as funções legislativas e jurisdicionais atuam em conjunto e não isoladamente na produção e promoção do Direito.

Conforme pode se observar dos pressupostos acima indicados que embasam a configuração das Cortes Supremas, são pressupostos que em grande medida se consubstanciam nos impactos trazidos ao direito pelo advento do Estado Constitucional e que foram vistos no tópico 3.2 deste capítulo, daí se podendo depreender que o modelo exigido para as Cortes de Vértice em um Estado Constitucional é aquele que se caracteriza como Cortes Supremas.

Portanto, diante dos postulados que inspiram o modelo de Cortes Supremas, verifica-se que estas, ao contrário das Cortes Superiores, atuam com vistas a precipuamente garantir a unidade do direito, razão por que apresentam uma atuação voltada para o futuro na definição do sentido do direito, sobressaindo-se nesse mister a necessidade de se trabalhar com os precedentes, o que ao fim vem a ser uma consequência natural do advento da teoria adscritivista da interpretação, em substituição, portanto, à teoria cognitivista. (MITIDIERO, 2017a, p. 79-92).

Dessarte, dentre esses pressupostos teóricos das Cortes Supremas se destaca o fato de que a interpretação do direito se apresenta como sendo algo dotado de uma grande discricionariedade por parte do aplicador do texto, necessitando-se, portanto, que tal atividade seja controlada intersubjetivamente.

Daí o porquê de os precedente se apresentarem como sendo o instituto preconizado pelo Código de Processo Civil de 2015 como o meio de que se vale as Cortes Supremas para dar unidade ao direito por intermédio da delimitação da discricionariedade conferida aos julgadores em face da forma de positivação hodierna dos textos legislativos, eis que a interpretação, conforme já ressaltado, para além de ser cognitivista, também apresenta um caráter volitivo no seu desenrolar, podendo-se concluir a ligação entre a adoção de um sistema de precedentes e a necessidade de que as Cortes de Vértice sejam vistas como modelos de Cortes Supremas.

Portanto, no Estado Constitucional, as cortes de vértice não mais se apresentam como garantidoras da norma preexistente, produto do trabalho do Poder Legislativo, pelo contrário, diante da indeterminabilidade do direito, a norma surge de um esforço conjunto entre os Poderes Legislativo e Judiciário, apresentando-se o texto legislativo como um ponto de partida e não de chegada, ou seja, o objeto da atividade interpretativa não é a norma, e sim o texto, a norma, em verdade, é o produto da conjugação de esforços entre as atividades legislativa e judiciária.

Assim, diante da configuração da ordem jurídica brasileira, vista a partir da Constituição Federal de 1988, como uma ordem que funda um Estado Constitucional Democrático de Direito, é mister que se veja as cortes de vértice na estrutura judiciária brasileira como Cortes Supremas, e não apenas como Cortes Superiores, apresentando-se tais cortes, portanto, com a nobre missão de produção do direito em comunhão de esforços com o Poder Legislativo.

Diante de tal quadro, alguns pontos de estruturação de nosso modelo processual e que se encontravam pacificados sob a égide de um Estado legislativo e de um processo estruturado a partir do Código de Processo Civil de 1973 precisam ser revistos a partir do momento em que se tem como parâmetro de estruturação do processo judicial um Estado não mais legislativo, mas sim um Estado Constitucional, bem como diante das novas disposições trazidas à luz do dia pelo Código de Processo Civil de 2015, especificamente no que toca à instituição de um sistema de precedentes, o que, como visto neste tópico, impacta até mesmo na forma como se configura as Cortes de Vértice de uma dada ordem jurídica.

Destarte, no último tópico deste capítulo, sem prejuízo da existência de outros impactos trazidos pela explícita adoção de um sistema de precedentes, analisar-se-á como se apresenta a Corte Interamericana para o direito brasileiro, isto é, se essa instância internacional estaria estruturada em face do ordenamento jurídico brasileiro para ser uma Corte Superior ou uma Corte Suprema.

Portanto, desde já deve ser esclarecido que caso se veja na Corte Interamericana de Direitos Humanos uma Corte Suprema, portanto, que tem uma atuação voltada precipuamente para o futuro a partir da delimitação do sentido a ser dado aos textos dos tratados de direitos humanos que estejam sob a esfera de proteção daquele tribunal, a consequência daí resultante será o estabelecimento de precedentes por parte daquele tribunal, o que torna evidente a importância de se proceder à análise acerca da natureza do rol de decisões trazido pelo art. 927 do atual Código de Processo Civil, o que é objeto do tópico subsequente.

3.8 O Art. 927 do Código de Processo Civil e sua natureza como rol exemplificativo

Ao se aludir ao sistema de precedentes positivado pelo Código de Processo Civil de 2015, uma questão que traz uma interessante discussão se coloca acerca da natureza do rol elencado pelo art. 927⁷ daquele Código, isto é, a determinação se este rol é taxativo ou meramente exemplificativo.

Tal questão não se reveste de um interesse meramente teórico na medida em que, conforme se sustentará na sequência do presente trabalho, a possibilidade de se gerar precedentes em outras espécies de decisões para além daquelas previstas expressamente pelo art. 927 do Código, irá (re)configurar sobremaneira a nova formatação de atuação das Cortes Supremas, impactando, por via de consequência, em (re)visões na forma de utilização de alguns institutos do processo brasileiro.

A fim de que se possa esclarecer acerca da natureza exauriente ou não das espécies decisórias indicadas no art. 927 do atual Código de Processo Civil, mister se faz verificar o conceito de precedentes trazido à baila por Mitidiero (2017b, p. 90), segundo o qual:

Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam das justificações das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil.

A partir de tal conceituação, Mitidiero (2017b, p. 90) extrai quatro elementos do conceito de precedentes, os quais já foram vistos acima.

⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no [art. 10](#) e no [art. 489, § 1º](#), quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Ora, diante de tal conceituação de precedente, bem como diante dos seus elementos componentes que daí exsurgem, verifica-se que o rol trazido pelo art. 927 do Código de Processo Civil em vigor não pode ter a pretensão de se apresentar como sendo um rol exauriente, apto a elencar todas as hipóteses decisórias com potencialidade vinculante, isto é, o rol trazido por tal dispositivo deve ser encarado como sendo um elenco apenas e tão somente exemplificativo.

Acerca da não taxatividade do rol do art. 927 do Código de Processo Civil, Marinoni (2015, p. 24) ensina que:

Como está claro, o que tem efeito obrigatório perante os juízes e tribunais é a *ratio decidendi* ou os efeitos determinantes da decisão da Corte Suprema. Não pode importar o local em que a decisão é proferida, se em recurso repetitivo ou não. A restrição do Código de Processo Civil é tão absurda que implicaria na conclusão de que decisões relevantes, tomadas em recursos extraordinário e especial que não têm facilidade para se “repetir”, poderiam ser ignoradas enquanto decisões próprias de uma Corte Suprema.

Em razão desta natureza meramente exemplificativa de tal rol, observa-se que o legislador, talvez por ter considerado equivocadamente o mesmo como sendo taxativo, cometeu alguns equívocos.

Tais incongruências em que incidiu o legislador são perceptíveis a partir do momento em que se verifica que ali foram colocadas decisões que não se enquadram no conceito de precedentes a partir do referencial teórico aqui adotado, bem como também se verifica que decisões que seriam precedentes segundo o mesmo referencial teórico ali não se encontram mencionadas.

A fim de corroborar os equívocos em que o legislador incidiu ao positivar o rol desse art. 927 do Código de Processo Civil, Mitidiero aponta para três erros, daí se podendo concluir que o aludido artigo ao mesmo tempo disse mais e também disse menos do que pretendia dizer. (MITIDIERO, 2017b, p. 92-94).

Como primeiro desses erros, verifica-se que se mencionou no inciso I do artigo 927 que as decisões do Supremo Tribunal Federal tomadas em sede de controle de constitucionalidade seriam precedentes, sendo que em verdade houve uma confusão entre força vinculante dos precedentes e a eficácia *erga omnes* das decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, sendo que o que pode em verdade gerar o precedente é a *ratio decidendi*, se houver, de tais decisões, conforme já afirmado acima, tendo havido, portanto, uma confusão entre o plano de aplicação, plano do controle da constitucionalidade, e o plano da interpretação, plano dos precedentes.

O segundo equívoco em que incide o legislador se deve ao fato de que deixou de haver a colocação de situações em que pode haver a existência de precedentes, bem como também foram arroladas situações em que pode não restar caracterizada a formação de um precedente, daí o porquê deste artigo 927 ser meramente exemplificativo, bem como qualitativa e funcionalmente incompleto. (MITIDIERO, 2017b, p. 93).

O artigo em questão se coloca como meramente exemplificativo, eis que o inciso III, do art. 927 traz uma ideia errônea de que a criação do precedente estaria atrelada à atuação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em casos de assunção de competência ou revestidos da nota da repetitividade, sendo que em verdade tais Cortes Supremas não necessitam atuar por essas vias com vistas à formação de um precedente, eis que é ínsita à natureza dos recursos extraordinários e especiais a outorga de unidade ao direito, daí se ressaltando, portanto, a natureza meramente exemplificativa de tal rol. (MITIDIERO, 2017b, p. 93).

Por outro lado, tal artigo é qualitativa e funcionalmente incompleto na medida em que o seu inciso III faz alusão a alguns acórdãos que teriam o condão de gerar precedentes, quando na verdade deveria fazer alusão às razões de decidir destes acórdãos, sendo que ainda assim não bastaria fazer alusão às razões, eis que nem toda razão de decidir gera precedentes, mas apenas aquelas necessárias e suficientes, daí a incompletude qualitativa do artigo, bem como o dispositivo em apreço também não fez alusão à forma de surgimento dessas razões, que deve se verificar através da tomada de decisões colegiadas e não plurais, isto é, com fundamentação unânime ou majoritária entre os membros do colegiado, daí o porquê da incompletude funcional do artigo. (MITIDIERO, 2017b, p. 93).

Como última falha apontada para esse artigo 927, o dispositivo fez alusão às súmulas como sendo capazes de gerar precedentes, quando na verdade as súmulas são meros extratos dos precedentes, estes sim que têm o potencial de vincular a partir de suas razões, sendo esse o motivo por que “[...] o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes.” (MITIDIERO, 2017b, p. 93-94).

Corroborando o acima exposto, isto é, acerca dos equívocos em que o legislador incidiu ao positivar o art. 927 do atual Código de Processo Civil, Câmara (2017, p. 220) leciona que:

O texto normativo do art. 927 do CPC/2015 inclui entre os padrões decisórios que devem ser observados pelos juízes e tribunais (inc. II) os enunciados de súmula vinculante. É preciso, porém, e antes de tudo, deixar claro um ponto: súmula não é precedente. A isto já se fez alguma referência em passagem anterior deste estudo, mas é preciso agora voltar ao ponto.

Dessarte, desse conjunto de equívocos trazidos por Mitidiero e que foram acima expostos na positivação do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, depreende-se facilmente a sua natureza meramente exemplificativa, sob pena de se gerar incongruências para o sistema jurídico como um todo, sendo que acerca da natureza exemplificativa deste artigo outra não é a lição preconizada por Marinoni (2016a, p. 288) ao estatuir que:

Para que se conclua que os precedentes das Cortes Supremas devem ser observados pelos juízes e tribunais, basta estar atento às normas constitucionais que atribuem ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de outorga de unidade ao direito constitucional e infraconstitucional. Portanto, o art. 927 do CPC/2015, além de desnecessário, tem caráter meramente exemplificativo [...].

Neste diapasão, pode-se concluir que, apesar de o legislador ter elencado neste rol do art. 927 do Código de Processo Civil as decisões ou formas que, em tese, teriam aptidão para gerar o precedente, a verdade é que o precedente há de ser extraído das razões necessárias e suficientes contidas na fundamentação da decisão judicial, isto é, de sua *ratio decidendi*, com a observação de que tais razões de decidir sejam acolhidas pela unanimidade ou pela maioria dos membros do colegiado das Cortes Supremas, portanto, independentemente de que as decisões oriundas destas Cortes de Vértice constem na mencionada lista, apresentando-se tal rol, por conseguinte, como algo meramente exemplificativo a guiar a atividade interpretativa do aplicador do direito.

Diante de tal quadro apenas exemplificativo do artigo 927 do Código de Processo Civil, resta a resposta à indagação se as decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos se constituem em precedentes para o direito brasileiro, sendo que a resposta a tal questionamento será buscada no próximo tópico.

Por fim, há que se ter em mente que quando se fala em precedentes, fala-se necessariamente em algo vinculante, conforme se viu acima, sendo que dessa vinculatividade dos precedentes surge a necessidade de se buscar por técnicas processuais que concretizem tal vinculação em um prazo razoável, sendo que a técnica processual a ser buscada com tal finalidade o deve ser à luz do direito de ação no bojo do Estado Constitucional de Direito, o que será feito no capítulo seguinte.

3.9 A corte interamericana de direitos humanos como uma corte de precedentes: a vinculação do Brasil à *ratio decidendi* das decisões deste tribunal internacional

Anteriormente, viu-se que os Estados têm a obrigação de dar o fiel cumprimento às decisões emanadas da Corte Interamericana dos Direitos Humanos nos casos em que são partes,

tendo a obrigação, inclusive, de proceder à adaptação de seu direito interno com vistas a se adequar ao quanto decidido por aquele tribunal.

Por outro lado, não é apenas o Poder Executivo que se acha obrigado a envidar os esforços necessários para que se verifique esse fiel cumprimento quanto às decisões da Corte de San José, eis que os Poderes Legislativo e Judiciário também se encontram vinculados àquelas decisões, devendo estes Poderes, portanto, também envidarem os esforços necessários para que o Brasil cumpra com as suas obrigações internacionais que foram assumidas quando do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana.

Porém, se não restam dúvidas acerca da obrigatoriedade que tem o Estado brasileiro em conferir o devido cumprimento às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos em que for a parte demandada, questão curiosa é a que se coloca acerca da vinculação do Estado brasileiro também à *ratio decidendi* das decisões prolatadas por aquele tribunal.

Isto é, o Brasil também estaria vinculado às razões de decidir adotadas pela Corte de San José, ainda que não seja a parte demandada nos casos?

Conforme os ensinamentos de Ramos (2013b, p. 366-369), o Brasil por um determinado período de tempo adotou uma postura de se tornar parte em inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, porém sempre se recusar a aceitar o controle do cumprimento destes tratados por parte de órgãos internacionais.

Porém, conforme destacado pelo mencionado autor, a incongruência de tal conduta é evidente, eis que, por um lado, você passa a aceitar a internacionalização dos direitos humanos, negando, por outro lado, a sua interpretação internacionalista. (RAMOS, 2013b, p. 366-369).

A tal conduta que por um largo período de tempo fora adotada pelo Estado brasileiro, Ramos deu o nome de “truque do ilusionista”, isto é, submetia-se aos tratados internacionais de direitos humanos, os descumpria, porém alegava que os estava cumprindo a partir de uma interpretação nacional dos direitos humanos. (RAMOS, 2013b, p. 367).

A tal forma de proceder quanto às disposições normativas de direito internacional, o autor chega a comparar tal maneira de agir como aquela em que se pudesse aplicar a Constituição Federal do Brasil por anos sem nunca se ter feito qualquer menção aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal. (RAMOS, 2013b, p. 367).

Ademais, também não há que se perder de vista que esse caminho de uma interpretação nacionalista dos tratados de direitos humanos nega a própria universalidade de que tais direitos são revestidos e que é amplamente reconhecida pela doutrina, pelos inúmeros tratados sobre a matéria, bem como expressamente fora reconhecida pelas duas conferências sobre direitos humanos já mencionadas anteriormente.

A necessidade de se adotar no âmbito do direito interno por parte dos tribunais pátrios a interpretação fixada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos essenciais ao resguardo da dignidade da pessoa humana já foi expressamente reconhecida pela mais alta Corte de Justiça da Argentina (ARGENTINA, 2005) que, no julgamento sobre os casos de “*punto final*” e “*obediencia debida*”, asseverou:

14) Que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben ser interpretados conforme al derecho internacional, pues es éste su ordenamiento jurídico propio. Aquéllos están más estrechamente conexos con el derecho internacional y, por esa vía con la interpretación y aplicación que pueda hacer de ellos la jurisprudencia internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional. Por ejemplo, si el principio de imprescriptibilidad (art. I de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad) se viera supeditado y, por ende, enervado, por el principio de legalidad del art. 18 de la Constitución Nacional. O si el derecho de réplica (art. 14 Convención Americana sobre Derechos Humanos) se viera en la práctica derogado por el art. 14 de la Constitución Nacional. Precisamente el fin universal de aquellos tratados sólo puede resguardarse por su interpretación conforme al derecho internacional. Lo contrario sería someter el tratado a un fraccionamiento hermenéutico por las jurisprudencias nacionales incompatible con su fin propio.

A própria Corte Interamericana já se reconhece como a legítima intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como de outros tratados de direitos humanos aplicáveis no âmbito do continente americano.

Neste sentido de se reconhecer como a legítima intérprete do Pacto de San José da Costa Rica, preciosas são as palavras da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano e outros versus o Chile* (2006) que assim dispôs:

La corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre derechos humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Neste diapasão, a fim de se demonstrar o entendimento da própria Corte de San José de se colocar como a intérprete última dos tratados de direitos humanos aplicáveis no âmbito do continente americano, para além, portanto, da Convenção Americana de Direitos Humanos que instituiu aquele tribunal internacional, não se pode perder de vista o quanto respondido pela

Corte de San José no exercício de sua jurisdição consultiva, por ocasião da opinião consultiva nº 01 (1982) ao aduzir:

que a competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.

Portanto, a partir destes dois casos submetidos à Corte de San José, os quais são mencionados a título meramente exemplificativo, um no exercício de jurisdição contenciosa, outro no exercício de jurisdição consultiva, vê-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos claramente se coloca na posição de intérprete legítima de todo e qualquer tratado de direitos humanos em que um Estado Americano seja parte.

Assim, a vinculação do Estado brasileiro às deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos vai muito além dos casos em que o Brasil é o país demandado, devendo ser entendido que a nação brasileira, em respeito aos inúmeros dispositivos da Constituição Federal de 1988 que versam sobre direitos humanos, tem a obrigação de cumprir em boa-fé toda e qualquer decisão oriunda da Corte de San José, ainda que o Estado brasileiro não seja a parte demandada em um determinado processo contencioso, bem como tem a obrigação de respeito às decisões prolatadas por aquela corte no exercício de sua competência consultiva, observando-se, por conseguinte, a *ratio decidendi* de tais decisões, eis que esta é a parte que gera vinculação em um sistema de precedentes, portanto, para além daquela parte demandada que sofre os efeitos da incidência do dispositivo do *decisum*.

Diante de tal quadro, o Poder Judiciário pátrio não pode mais se manter alheio aos entendimentos fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que a adoção dos precedentes daquele tribunal por parte das cortes pátrias é medida que se impõe, sob pena de o Brasil incidir em uma clara afronta ao postulado elementar dos direitos humanos consistente em sua universalidade.

Porém, uma vez estabelecida a premissa de que o Estado brasileiro se encontra vinculado às razões de decidir adotadas pela Corte Interamericana, não se pode perder de vista o fato de que os Estados também se encontram obrigados a adequarem os seus ordenamentos jurídicos internos a fim de que se verifique o efetivo cumprimento de suas obrigações internacionais.

Neste diapasão, surge a ideia de um sistema de precedentes como mecanismo adequado a se conferir a efetiva obrigatoriedade às razões de decidir dos julgamentos, sendo que no caso

brasileiro deve se destacar que a Lei nº 13.105 (BRASIL, 2015), o Código de Processo Civil em vigor, estatuiu um sistema de precedentes.

Esse sistema de precedentes erigido pelo novo Código de Processo Civil, conforme já averbado, apresenta o art. 927 como uma das disposições centrais de tal sistema ao arrolar as decisões que teriam aptidão de gerar precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, consoante acima já aduzido, sendo que em tal dispositivo não se encontram elencadas as decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Diante de tal quadro, por um lado se verifica que as decisões da Corte de San José são vinculantes para o Estado brasileiro mesmo que este não seja a parte demandada, isto é, as razões de decidir dos julgados oriundos do processo internacional de direitos humanos junto à Corte Interamericana vinculam o Brasil.

Por outro lado, o sistema de precedentes brasileiro positivado pelo novo Código de Processo Civil, em uma primeira leitura, parece não ter se preocupado com as decisões oriundas do processo internacional de tutela dos direitos humanos.

Assim, diante do dever que os Estados têm de adequar o seu ordenamento jurídico interno às normas do direito internacional, é de se indagar se o Estado brasileiro ao positivar o seu sistema de precedentes aparentemente desconsiderando as decisões da Corte de San José tem em tal fato um impeditivo para a incorporação precedental das decisões oriundas daquela corte?

A resposta afirmativa à indagação acima formulada parece ser a correta a partir de uma leitura mais apressada, porém é necessário se avançar um pouco além da leitura meramente literal do texto a fim de se buscar uma adequação do ordenamento jurídico nacional às normas de tutela do ser humano oriundas do sistema interamericano de direitos humanos de forma que as decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos possam ser enquadradas como precedentes pelo novo Código de Processo Civil.

Portanto, como resposta à questão se o art. 927 do Código de Processo Civil não ter levado em consideração de forma expressa as decisões da Corte Interamericana poder ser entendido como um fator impeditivo para o valor de precedentes destas decisões, a resposta há de extraída do quanto versado pelo item 3.8 do presente capítulo, onde se concluiu que o rol indicado pelo aludido artigo tem uma natureza meramente exemplificativa, não se excluindo, por conseguinte, outras decisões, desde que se revistam dos caracteres apontados para a formação de uma decisão com força precedental.

Assim, sempre que as decisões oriundas da Corte de San José apresentarem materialidade, qualitatividade e funcionalidade, esta decorrente da própria vocação da Corte

Interamericana como intérprete dos tratados de direitos humanos no continente americano, o efeito vinculante das razões de decidir daí resultante será inexorável, devendo, por óbvio, ser observada também a exigência de que essas razões adotadas quando dos julgamentos devem ser tomadas pela unanimidade ou ao menos pela maioria do colegiado daquela corte, não restando dúvidas, portanto, de que as decisões oriundas da Corte de San José se revestem de importância tal para os direitos dos Estados americanos que a presença de tais caracteres nas decisões daquela corte são uma decorrência lógica de sua catalogação como uma Corte de Precedentes para os Estados Americanos, isto é, como uma Corte Suprema na conceituação adotado no presente trabalho e acima já mencionada.

Dessarte, respondida afirmativamente a questão acerca da compatibilidade da natureza precedental das decisões da Corte Interamericana em face do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil, surge uma segunda questão consistente na busca por técnicas processuais que possam conferir uma eficácia expedita a tais precedentes.

Ora, como se viu ao longo deste capítulo, faz parte da estrutura do conceito de precedentes a natural vinculação de suas razões de decidir.

Por outro lado, a prestação jurisdicional no bojo do Estado Constitucional e Democrático de Direito deve se verificar de forma tempestiva, em obediência ao postulado da duração razoável do processo, não mais se admitindo neste tipo de Estado a mera prestação da tutela ressarcitória pelo equivalente econômico, diante da relevância dos direitos materiais que se buscam tutelar.

Portanto, considerando a vinculatividade natural resultante dos precedentes, bem como a necessária prestação jurisdicional com a observância dos postulados do Estado Constitucional, buscar-se-á no próximo capítulo encontrar fundamentação de utilização de alguma técnica processual já existente dentro do ordenamento jurídico brasileiro a fim de que, a partir da universalidade e da superioridade normativa dos direitos humanos como nortes interpretativos de emprego das técnicas processuais, possa se valer da utilização de algum instituto processual a fim de se conferir a tutela devida e tempestiva aos precedentes oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4 A RECLAMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO NO BRASIL DOS PRECEDENTES ORIUNDOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UM MEIO DE VIABILIZAÇÃO PARA O DIÁLOGO ENTRE AS CORTES MEDIANTE A TEORIA DO DUPLO CONTROLE

Neste último capítulo, dar-se-á sequência à discussão encerrada no capítulo anterior, isto é, no capítulo terceiro se pretendeu demonstrar que diante dos dispositivos constitucionais, bem como considerando a real imprescindibilidade de se trabalhar hodiernamente com precedentes, eis que esses decorrem de uma teoria do direito que é consequência do advento do Estado Constitucional, torna-se imperiosa a conclusão de que as decisões da Corte Interamericana são precedentes obrigatórios para o direito brasileiro, sendo o rol do art. 927 do Código de Processo Civil, por conseguinte, meramente exemplificativo.

Porém, uma vez estabelecida a hipótese de que as decisões da Corte Interamericana podem gerar precedentes vinculantes para o direito brasileiro, deve-se proceder neste capítulo à busca por meios processuais para que tais precedentes possam ser concretizados, observando-se a necessária duração razoável do processo.

Ou seja, não basta apenas afirmar os direitos, é preciso ir além disso, buscando a concretização dos mesmos, por isso se busca no presente ponto do trabalho a análise de institutos que já existem no ordenamento jurídico brasileiro para que, em uma interpretação extensiva de tais institutos, possam os mesmos propiciar a efetivação dos precedentes internacionais, tudo a partir do conteúdo do direito de ação dentro do Estado Constitucional.

Pois bem, para tanto será analisada a utilização da reclamação, que teve suas hipóteses de permissão ampliadas em decorrência da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, como um instrumento de otimização dos precedentes da Corte Interamericana através da abertura expedita de um diálogo entre os precedentes da Corte de San José e os tribunais de vértice no âmbito interno do ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, nesse processo de análise da reclamação com vistas a se conferir eficácia aos precedentes da Corte Interamericana, serão abordados argumentos a favor e contra a utilização daquele instituto processual na busca por efetivação daqueles precedentes, sempre se utilizando para tanto de premissas já fixadas no bojo do direito internacional, como, por exemplo, o princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional, não se descurando de preceitos existentes dentro da ordem jurídica nacional, como o direito de ação na visão do Estado Constitucional, isto é, o direito de ação como um direito à tutela do direito material de forma efetiva e também em prazo razoável.

4.1 O direito de ação no contexto dos valores do estado liberal

O Estado Legislativo teve como grande marca a centralidade da lei para o ordenamento jurídico, isto é, o direito era apenas e tão somente aquilo que era posto na lei pelo Parlamento.

O direito formatado à luz dos valores da Revolução Francesa era um direito que tinha como ideário máximo a proteção de uma liberdade ampla e irrestrita do cidadão perante o Poder Público, o qual era visto como um grande inimigo, bem como o direito deveria promover a garantia de uma igualdade meramente formal.

Ademais, à época do Estado Legislativo, os direitos fundamentais eram vistos como direitos essencialmente negativos, ou seja, direitos que impunham ao Estado um dever de abstenção a fim de não se macular a sagrada liberdade da qual as pessoas eram detentoras, não se enxergando nos direitos fundamentais, portanto, a multifuncionalidade que lhes é inerente hodiernamente e que será destacada em tópico seguinte, o que, por óbvio, refletiu na própria noção que se teve acerca do conteúdo do direito de ação.

Assim, nas palavras de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 224), no final do século XIX, uma vez identificada a autonomia do direito de ação, como ainda não se concebia a noção de direitos fundamentais a prestações, mantendo os direitos fundamentais a sua feição de direitos de defesa, o direito de ação nesse momento foi visto como um direito de liberdade em face do Estado.

Em adição, por muito tempo a prestação jurisdicional foi entendida como integralizada no momento em que o Poder Judiciário prolatava a decisão, não havendo muita preocupação com a efetivação dos direitos por ventura reconhecidos na sentença.

Ademais, logo após a Revolução Francesa, com o fim de limitar o poder dos juízes, esses eram limitados não apenas com a proibição de se interpretar a lei, escola exegética, época em que o juiz era tido como “a boca da lei”, mas também era limitado até mesmo no desempenho de atividades de execução, isto é, de concreção do direito reconhecido por ocasião da sentença, havendo, portanto, a cisão entre as atividades de julgar e de executar o julgado (MARINONI, 2018, p. 36), não se podendo esquecer que a atividade de executar estava limitada pela incidência do princípio da tipicidade das formas de execução, tudo a demonstrar o relevo que se conferia aos valores segurança e liberdade em detrimento da efetivação dos direitos (MARINONI, 2018, p. 39-41), o que moldou a estruturação do processo nesse momento histórico.

Por outro lado, paralelo à influência dos valores da Revolução Francesa na construção da sociedade, também se verificou no bojo do processo civil a tentativa de se estruturar um

processo dotado de autonomia frente ao direito material, a fim de que o direito de ação pudesse deixar de ser visto como um mero apêndice do direito substantivo.

Por conseguinte, gerou-se o mito do direito abstrato de ação em torno do qual foram criadas outras categorias do direito processual, como a clássica classificação trinária das sentenças, sendo que tais categorias, por decorrerem de um suposto direito abstrato, também eram detentoras de uma abstração, isto é, eram dotadas da nota da indiferença para com as características do direito material no caso concreto, o que gerou algumas consequências na maneira de se estruturar o processo neste Estado liberal. (MARINONI, 2018, p. 36).

Porém, nesta preocupação de se conferir autonomia científica ao direito processual frente ao direito material, a doutrina acabou por confundir essa necessária autonomia científica do direito processual por uma irrealizável neutralidade ou indiferença deste direito para com o direito material, sendo que das palavras de Marinoni (2018, p. 49) se depreende que “O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial.”

Como decorrência dessa primazia da liberdade, aliada a uma busca da autonomia do direito de ação frente ao direito material, o processo brasileiro fora moldado sob o dogma da incoercibilidade do indivíduo, dogma da irrestrita liberdade, não podendo, portanto, cogitar-se nesse primeiro momento de sentenças que têm em sua estrutura a aptidão para interferir diretamente sobre a vontade do demandado, sentenças mandamental e executiva, bem como também não se pôde conceber nesse primeiro momento o emprego de outras técnicas processuais aptas a influir sobre a vontade do demandado como, por exemplo, as *astreintes*.

A corroborar o quanto acima estatuído, Marinoni (2018, p. 36-38) vaticina que as sentenças pensadas à luz dos pressupostos do estado liberal (declaratória, constitutiva e condenatória) estavam aptas a produzirem efeitos apenas no plano normativo, não apresentando o condão, portanto, de produzirem efeitos práticos de imediato, tudo com vistas a se limitar o poder do juiz, tudo com a finalidade, em última instância, de se resguardar a liberdade, valor supremo daquele Estado liberal.

Sobre a ligação entre a proibição de fixação de multas nesse processo do Estado liberal como forma de resguardar o valor liberdade, Marinoni (2018, p. 38) afirma que “[...] não se poderia dar ao Judiciário o poder de impor as *astreintes*, pois, dessa forma, ele abarcaria o poder de julgar e o poder de executar, o que colocaria em risco a liberdade dos cidadãos.”

Como outra consequência desse processo do Estado liberal formatado estritamente sob o ponto de vista da preservação absoluta de uma ampla e irrestrita liberdade do cidadão, tem-se a adoção do princípio da tipicidade dos meios executivos.

Ora, tendo em conta a classificação trinária das sentenças, as sentenças declaratória e constitutiva são tidas como autossuficientes, isto é, as mesmas têm o condão de prestar a tutela jurisdicional independente de qualquer atitude tomada por parte do demandado, não carecendo, por conseguinte, de nenhuma fase executiva para a plena satisfação do direito. (MARINONI, 2018, p. 39).

Por outro lado, a sentença condenatória apenas determina o cumprimento do seu dispositivo por parte do demandado, sendo que caso esse não cumpra o comando de forma voluntária, far-se-á necessária a instauração da fase de execução a fim de se expropriar bens do obrigado com vistas a se satisfazer o direito do autor. (MARINONI, 2018, p. 40).

Entretanto, como no Estado liberal o valor liberdade era detentor da mais alta valia, era necessário conter o poder do juiz no bojo do processo de execução, motivo por que se fez imprescindível a utilização do princípio da tipicidade dos meios executivos, eis que se a escolha do meio executivo ficasse ao arbítrio do julgador, não se teria como assegurar a liberdade.

Dessarte, como decorrência dessa limitação da atividade de execução, pode se verificar que “Se a sentença condenatória é ligada aos meios executivos tipificados na lei, elimina-se a possibilidade de o juiz trabalhar com qualquer outro meio de execução, controlando-se, dessa forma, a sua possibilidade de arbítrio.” (MARINONI, 2018, p. 40).

Portanto, vê-se que como decorrência da extrema importância atribuída ao valor liberdade, aliada a uma tentativa fracassada de se estruturar o processo com indiferença ao direito material, bem como, tendo em vista uma cambialidade dos bens jurídicos nesse modelo de Estado, cambialidade essa decorrente do postulado da igualdade meramente formal, deu-se corpo a outro mito, qual seja, o da unicidade procedimental como apta a dar resposta adequada a todos os pedidos de tutela jurisdicional.

Ademais, não se pode perder de vista que tal fantasia da unicidade procedimental acaba sendo mais uma decorrência da fracassada tentativa de se conferir uma autonomia ao direito processual a partir de uma ilusória indiferença deste para com o direito material, depreendendo-se das lições de Marinoni (2018, p. 48) que “A ideia de um único procedimento para atender a diferentes situações de direito substancial tem origem pouco mais do que óbvia na tentativa de isolamento do processo em face do direito material.”

Assim, todo esse cenário erigido sob os postulados do Estado liberal teve como consequência inafastável o fato de o processo ter sido estruturado totalmente alheio às necessidades do direito material no caso concreto, o que refletiu na elaboração do conceito do direito de ação, bem como na estruturação do processo brasileiro.

Como mais uma consequência dessa irrelevância às características dos bens jurídicos que se buscavam tutelar por meio do processo, diante da lógica de que no Estado liberal todos os bens podiam ser reduzidos a sua expressão econômica, aliada à busca incessante de preservação da liberdade do cidadão, não se encontrou espaço para se falar em tutela de prevenção do dano, eis que ínsito à ideia de prevenir está a ideia de impedir o agir do indivíduo, o que seria um atentando à tão decantada autonomia da vontade do liberalismo, não devendo o processo se importar por situações que não apresentassem dano. (MARINONI, 2018, p. 51-53).

O processo do Estado liberal apenas visualizou a tutela contra o dano e não a tutela contra o ilícito, até mesmo por se fundir de forma errônea as noções de ilícito e dano, sendo que tal erro decorreu da circunstância de não se ter observado que o dano é apenas uma consequência eventual do ilícito e não um elemento essencial deste (MARINONI, 2018, p. 57-60), conforme melhor se esclarecerá no tópico seguinte, motivo por que, à época do Estado liberal, não se visualizou a tutela contra o ilícito.

Acerca da prestação jurisdicional no Estado liberal, onde não se vislumbrou a necessidade e/ou possibilidade de uma tutela contra o ilícito, lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 39) que na medida em que todos os direitos poderiam ser expressados pelo seu valor monetário, não se tinha a ideia de uma tutela integral dos direitos materiais, bem como se demonstrava desnecessária a tutela preventiva, eis que a tutela contra o dano se apresentava de maneira suficiente para garantir a tutela pelo equivalente econômico.

Dessarte, há que se ter em mente que o processo brasileiro alicerçado sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o qual se aplicava subsidiariamente aos demais processos brasileiros, guardando-se, por óbvio, a necessária compatibilidade, foi formatado sob os influxos destes valores oriundos do Estado liberal, onde o individualismo preponderava de forma avassaladora, o que por certo contribuiu para a formação cultural dos aplicadores do direito no Brasil.

Porém, tal quadro deixa de se apresentar justificável a partir do momento em que se passa a ter noção da existência de outros direitos fundamentais para além dos direitos negativos de primeira dimensão, os quais em uma visão clássica apenas impunham uma abstenção ao poder público, passando-se hodiernamente, portanto, a se ter em conta a extrema relevância de outros direitos fundamentais, podendo-se mencionar a título de exemplo o direito ao meio ambiente.

Ora é pouco mais do que evidente que um direito dessa magnitude não pode se contentar com uma tutela contra o dano consistente apenas e tão somente em se buscar um equivalente monetário para o dano, apresentando-se muito mais relevante impedir a ocorrência

do ilícito, ou mesmo a ocorrência do dano caso aquele ilícito tenha ocorrido, motivo por que se apresenta deveras relevantes as tutelas inibitória e de remoção do ilícito nesta quadra de tutela dos direitos fundamentais ao ser humano, as quais se mostram imprescindíveis no atual Estado Constitucional de Direito, onde a importância dos bens não pode dar lugar à indenização de sua violação.

Assim, verifica-se que a partir do momento em que o Estado liberal cede lugar à concepção de Estado Constitucional, a prestação jurisdicional não mais pode ser encarada como apenas a resposta do estado-juiz ao pedido do autor, o que torna imprescindível uma (re)elaboração do conceito do direito de ação, não mais podendo esse ser visto apenas e tão somente como o direito a uma sentença de mérito quando preenchidas as condições da ação, conforme a elaboração adotada expressamente pelo Código de Processo Civil de 1973.

Portanto, diante do advento do Estado Constitucional, o Código de Processo Civil de 2015 adota as antigas condições da ação como requisitos para a apreciação do mérito, eis que ao se chegar à fase decisória de um processo não se pode dizer que não houve exercício do direito constitucional de ação tendo em vista o conteúdo que o direito de ação assume neste novo modelo de Estado. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 204-205).

Destarte, diante da verificação de outros bens fundamentais no interior do Estado Constitucional, bens esses que se apresentam para além dos direitos de primeira dimensão apregoados no Estado liberal, e ainda diante da essencialidade do próprio direito de ação, esta deixa de ser apenas o direito de se obter resposta, passando a ser o direito à prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

Ora, verificada a mudança de concepção acerca da noção do direito de ação no Estado Constitucional, passar-se-á mais à frente a verificação do conteúdo de que se reveste o direito de ação nesse modelo de Estado.

Entretanto, diante da imprescindibilidade dos direitos fundamentais para o Estado Constitucional, aliada à imprescindível perda da indiferença do direito processual para com o direito material, passa-se a ter uma necessidade de que o processo seja estruturado a partir das necessidades do direito material no caso concreto, o que faz com que a noção de tutela(s) do direito assumam importância ímpar, motivo por que no tópico subsequente se passará a analisar as formas de tutela do direito no Estado Constitucional para que se possa em seguida analisar o direito de ação nesse tipo de Estado, justamente a partir das necessidades do direito material no caso concreto.

4.2 As tutelas do direito como categorias diretoras do procedimento: a necessidade de se pensar a função/estruturação procedimental a partir das necessidades do direito material

O direito de ação no Estado Constitucional não pode ser visualizado apenas a partir do mero ato de se protocolar uma petição, ficando o rito processual única e exclusivamente submetido às formas processuais previstas em lei, pensamento decorrente do mito da suficiência do rito único, não podendo a atividade processual se desenvolver em total alheamento à realidade social e, portanto, às características dos direitos materiais que visam a ser tutelados através da atuação da tutela jurisdicional.

Neste diapasão, apenas se pode dizer que existe um direito a partir do momento em que se verifica que, para além da proclamação dos direitos materiais, o Estado provém o titular do direito com um procedimento judicial dotado de técnicas processuais (técnica antecipatória da tutela, distribuição do ônus da prova, sentenças, etc.) que é formatado a partir das necessidades demonstradas pelo direito material posto em causa. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 249).

Ademais, não se pode perder de vista que no Estado Constitucional Democrático de Direito, os direitos fundamentais da pessoa humana, ou direitos humanos, os quais, conforme já delineado no segundo capítulo, são empregados no presente trabalho como sinônimos, são verdadeiras pedras de toque do ordenamento jurídico, eis que são garantidores da dignidade da pessoa humana, a qual se apresenta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante o disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Tal lembrança ganha relevo a partir do momento que se tem em consideração o fato de que os direitos fundamentais têm como uma característica indelével se apresentarem como multifuncionais, isto é, tais direitos, para além de suas dimensões objetivas e subjetivas, podem se apresentar com várias funções no ordenamento jurídico, apresentando-se, portanto, como direitos multifuncionais. (MARINONI, 2018, p. 123).

A fim de se abordar a multifuncionalidade com que se apresentam os direitos fundamentais, é preciso antes de mais nada se fazer alusão que a classificação desta variedade de funções com que se apresentam aludidos direitos varia conforme a doutrina que se esteja levando em consideração, sendo que para os fins do presente trabalho, usar-se-á a classificação proposta por Robert Alexy.

Pois bem, inicialmente há que se ter em mente que os direitos fundamentais podem ser subdivididos em direitos negativos e direitos positivos. Os primeiros seriam aqueles que são

caracterizados como direitos de defesa do cidadão frente ao Poder Público, apresentando, portanto, a nota da necessária abstenção do Estado para se conferir o devido respeito a tais direitos. Por seu turno, quanto aos direitos positivos, entendidos como direitos a prestações em sentido amplo, apresentam-se como sendo aqueles que para a sua fruição demandam uma conduta comissiva do Poder Público na sua concretização. (ALEXY, 2017, p. 431).

Por outro lado, os direitos a prestações em sentido amplo se apresentam como uma espécie dos direitos fundamentais, conforme visto acima, que no seu interior apresenta outras subespécies, quais sejam, os direitos a prestações em sentido estrito, direitos à proteção e direitos à organização e procedimentos. (ALEXY, 2017, p. 444).

Dentre os direitos a prestações em sentido amplo acima indicados, para os fins do presente trabalho, ganha relevância aqueles direitos caracterizados como direitos à proteção.

Assim, diante da função de proteção dos direitos fundamentais, surge para o Estado o dever de proteger aqueles direitos, sendo que tal proteção se dá através de todos os poderes do Estado, isto é, tal dever de proteção demanda medidas de cunho legislativo, de cunho administrativo e de cunho judicial. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 289).

À guisa de exemplo, pode-se mencionar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o direito do consumidor. Ambos direitos demandam uma atividade por parte do Poder Legislativo a fim de se conferir proteção normativa a tais posições jurídicas. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 287).

Ademais, para além da proteção legislativa, também se apresenta como imprescindível a proteção administrativa, a qual demanda uma atuação por parte do Poder Executivo a fim de que a tutela desses direitos se dê na maior medida possível através de atividades de fiscalização, *exempli gratia*. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 287).

Por fim, surge a tutela judicial sempre que tais direitos forem violados ou mesmo se encontrarem na iminência de alguma violação, não se podendo descurar ademais da necessidade de se conceder uma tutela judicial na hipótese mesma de ausência de tutela normativa, surgindo para o Poder Judiciário, portanto, a obrigação de suprir a inércia do Poder Legislativo. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 288).

Ora, tendo em vista a última das formas de prestação do dever de proteção do Estado acima aventada, qual seja, a proteção através da função jurisdicional do Poder Público, bem como se levando em consideração o quanto estatuído no tópico anterior de que na atual quadra de desenvolvimento da ciência processual não mais se pode conceber o direito de ação como algo totalmente desvinculado do direito material posto em causa, resulta daí o porquê de o tema das tutelas dos direitos ganhar proeminência na formatação do exercício do direito de ação no

Estado Constitucional, eis que é a partir da identificação da tutela pleiteada no caso concreto que se poderá aferir a efetividade do direito de ação naquele caso.

Em um primeiro momento, há que se esclarecer que as tutelas do direito não são delineadas pelo direito processual, pelo contrário, as tutelas dos direitos decorrem do próprio direito material, apresentando-se, por conseguinte, como as promessas que são feitas pelo direito material e que é buscada pelo destinatário do direito através do exercício da função jurisdicional do Estado.

Assim, observando-se as lições propugnadas por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 290), depreende-se que:

As formas de tutela são garantidas pelo direito material, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico, que as formas de tutela estão em um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas capazes de atendê-las. (grifos do autor).

Como exemplo da distinção entre o direito material e a tutela que dele promana, mencione-se o quanto estatuído pelo art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, ao preverem que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação” e que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, respectivamente. Assim, da análise desses dispositivos da Carta Magna, verifica-se claramente a outorga de várias formas de tutela aos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 290).

Por outro lado, não há que se confundir as noções de tutela do direito, entendidas estas como promessas emanadas do direito material, com as técnicas processuais, eis que estas são medidas de que se vale o processo a fim de se concretizar aquelas, isto é, as tutelas do direito, de modo que pode se depreender uma relação de instrumentalidade das técnicas processuais para com as tutelas do direito.

Acerca da necessária distinção que se deve fazer entre técnicas processuais e tutelas do direito, bem como da relação de instrumentalidade daquelas para com estas, lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 291) que:

O processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. De modo que, entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação. Mas essa relação de adequação não pergunta mais sobre as formas de tutela, porém sim a respeito das técnicas processuais. (grifos do autor).

Assim, para a caracterização ou não da efetividade do direito de ação, requisito essencial do instituto da ação no Estado Constitucional de Direito, conforme se verá no tópico seguinte, faz-se mister entender e conhecer as formas de tutela, bem como a relação de precedência que as mesmas guardam entre si a fim de que a partir dessas tutelas possa se pugnar pela construção de um procedimento adequado ao caso concreto, verificando-se em última instância a própria efetividade do direito de ação.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que o direito existe para ser tutelado em sua integralidade, de modo que a função primordial da jurisdição no Estado Constitucional de Direito é justamente evitar as lesões aos direitos, conforme se depreende, inclusive, do quanto disposto pelo próprio art. 5º, XXXV, da Carta Magna, ao estatuir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Ora, o mito de que o Estado não poderia adentrar na esfera privada dos cidadãos a fim de se evitar o dano é um resquício do pensamento liberal clássico que não mais apresenta pertinência na atual quadra histórica do desenvolvimento humano, um mito derivado de um momento histórico em que diante de sufragada igualdade formal, todos os bens jurídicos poderiam ser reduzidos ao seu valor econômico, daí o porquê de o Estado liberal ter visualizado apenas a tutela ressarcitória pelo equivalente econômico, resguardando-se, em última instância, a tão decantada liberdade individual.

Diante do quadro imposto pelo Estado Constitucional, onde os bens, por apresentarem uma fundamentalidade que ultrapassa a mera esfera individual, demandam uma tutela que não se resume ao mero aspecto indenizatório (MARINONI, 2018, p. 53-55), pode-se retirar daí uma primeira divisão das formas de tutela, dividindo-se estas em tutelas contra o ilícito e tutelas contra o dano, sendo de fácil percepção que a tutela contra o ilícito guarda uma relação de precedência com relação à tutela contra o dano, eis que aquela tem o condão de garantir a integridade do direito.

Dentro do universo das tutelas contra o ilícito existem as tutelas inibitória e a tutela de remoção do ilícito, sendo que aquela tem precedência sobre esta, podendo tal precedência ser extraída de seus próprios conceitos, na medida em que Marinoni (2018, p. 187) esclarece que a tutela inibitória atua antes mesmo da ocorrência do ato ilícito, com vistas a impedir a existência deste; ao passo que a tutela de remoção do ilícito, como o próprio nome diz, atua após a ocorrência do ilícito, porém ainda se mostra útil com vistas a eliminar o ilícito como possível fonte do dano.

Portanto, a tutela inibitória é aquela que se volta a impedir a ocorrência do ilícito, tendo como pressuposto a mera probabilidade de ocorrência de ato contrário ao direito, podendo-se

afirmar que é uma tutela que se volta para o futuro ainda que seja contra a repetição ou a continuação do ilícito. (MARINONI, 2018, p. 177).

Ainda quanto à tutela inibitória, Marinoni (2018, p. 174) leciona que “A tutela inibitória é prestada por meio de ação de conhecimento. Trata-se de “ação de conhecimento” de natureza preventiva, destinada a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito.”

Ademais, nunca é demais relembrar que nessa era dos direitos fundamentais, a tutela inibitória com vistas a se impedir a ocorrência do ilícito ganha ainda mais proeminência na medida em que tais direitos, pela relevância de que se revestem, não podem ser substituídos por equivalente em pecúnia.

A tutela de remoção do ilícito, por seu turno, é aquela que tem por objetivo remover os efeitos de um ato ilícito já ocorrido, podendo afirmar que “Se a tutela inibitória se destina a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a ação de remoção do ilícito, como o próprio nome indica, dirige-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu.” (MARINONI, 2018, p. 187).

Neste diapasão, ao passo que a ação inibitória é uma ação que se volta para o futuro, consoante acima já aventado, sendo detentora, portanto, de uma única direção, a ação de remoção do ilícito é dotada de uma dupla direção na medida em que ela se volta para o passado quanto ao ilícito, eis que esse já ocorreu quando do ingresso da ação de remoção do ilícito, porém também se volta para o futuro no que pertine ao dano, eis que tal forma de tutela tem a pretensão de impedir a ocorrência do dano, daí o porquê de a ação de remoção do ilícito poder ser considerada repressiva quanto ao ato contrário ao direito, porém preventiva quanto à ocorrência de dano. (MARINONI, 2018, p. 188-189).

Uma observação quanto às tutelas inibitória e de remoção do ilícito ainda há que ser feita, qual seja, como tais formas de tutelas têm um cunho predominantemente preventivo, ao menos quanto ao dano no caso da tutela de remoção do ilícito, tais formas de tutela não têm como pressuposto a ocorrência efetiva de um dano, bastando para o seu deferimento argumentações pautadas na possibilidade de ocorrência do ilícito, daí o porquê a discussão de dano nas ações que se destinam a prestar tais formas de tutela acaba por ser inócua.

Ademais, como a discussão acerca de dano é irrelevante nestas ações contra o ilícito, ou mesmo impertinente nas ações que objetivam as tutelas inibitória e de remoção do ilícito, também não se pode perder de vista que resta descabido se discutir acerca de dolo ou culpa, eis que estes são elementos imprescindíveis para a prestação de tutelas ressarcitórias, sendo esse justamente o entendimento adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 ao prescrever em seu art. 497, parágrafo único, que “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a

prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração de ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.”

A confirmar a impertinência de se discutir dano, bem como também de se discutir dolo ou culpa nas ações que visam a prestar uma tutela inibitória ou de remoção do ilícito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 297) lecionam que:

Enquanto a probabilidade da prática de ato contrário ao direito é pressuposto da tutela inibitória, para a tutela de remoção basta a ocorrência da violação da norma, sendo desnecessário cogitar, em relação a ambas as tutelas, não apenas sobre a probabilidade e a ocorrência de dano, mas também a respeito de culpa ou dolo, até porque a exigência do elemento subjetivo se presta apenas a legitimar a imposição da sanção ressarcitória.

Por outro lado, dentro do universo das tutelas contra o dano, existem a tutela ressarcitória na forma específica e a tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia.

De forma similar ao que acontece no âmbito das tutelas contra o ilícito em que uma modalidade tem precedência sobre a outra, conforme aduzido acima, também no bojo das tutelas contra o dano, tutelas ressarcitórias, uma espécie guarda preferência sobre a outra, isto é, a tutela ressarcitória na forma específica tem precedência sobre a tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, sendo que das palavra de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 298) se depreende que “A prioridade do ressarcimento na forma específica é imposição que decorre do próprio direito material.”

A tutela ressarcitória na forma específica tem a pretensão de uma vez ocorrido o dano, por intermédio da aplicação de técnicas processuais idôneas, promover o restabelecimento da situação anterior à ocorrência do ilícito que foi o fato gerador do dano.

Por outro lado, a tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia se apresentará nas hipóteses em que for demandada pela parte autora, bem como também se apresentarão nas situações em que o retorno à situação anterior ao dano for impossível ou extremamente oneroso.

Acerca da distinção elementar entre as tutelas ressarcitórias na forma específica e pelo equivalente em pecúnia, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 297-298) vaticinam que:

Daí a imprescindibilidade da tutela ressarcitória na forma específica. Enquanto a tutela ressarcitória em pecúnia visa a dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda pode constituir uma resposta contra o dano acarretado a um direito não patrimonial (a chamada indenização por dano moral), a tutela ressarcitória na forma específica objetiva estabelecer a situação que existia caso o dano não houvesse sido produzido. (grifos do autor).

Ademais, a fim de se evitar confusões, não se pode achar que toda e qualquer tutela concedida em pecúnia é uma tutela ressarcitória pelo equivalente, bastando para se chegar a tal conclusão cogitar da hipótese em que um indivíduo tem um direito de crédito em face de outro

e busca a atuação da jurisdição a fim de concretizar tal direito, estando presente, portanto, uma situação de tutela específica prestada mediante pecúnia. (MARINONI, 2018, p. 414-415).

Do que foi acima exposto, pode-se concluir que o divisor de águas entre as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito de um lado e as tutelas ressarcitórias específica e pelo equivalente de outro é justamente a ocorrência do dano, devendo-se, por conseguinte, não se confundir o ilícito com o dano.

Portanto, na tentativa de se evidenciar a distinção entre ilícito e dano, dos ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 294) se observa que deve haver uma superação do que vem se entendendo como ilícito civil, o qual vem sendo assimilado à conduta contrária ao direito que produz dano, porém ato ilícito e dano são duas realidades distintas sendo o dano apenas e tão somente uma consequência eventual do ato ilícito, sendo possível se verificar a ocorrência de um ato contrário ao direito que não produz dano.

Assim, vistas as formas de tutela que são propiciadas pelo exercício do direito de ação no Estado Constitucional de Direito, verifica-se que o mito do procedimento único não pode mais subsistir, não podendo mais o exercício do direito de ação ser reduzido ao mero ato de se protocolar uma petição inicial, ato esse que, por via de consequência, geraria o direito a uma sentença de mérito caso preenchidas as condições da ação.

Dentro do Estado Constitucional de Direito, com o ganho de importância dos direitos essenciais ao ser humano, o direito de ação deve ter o seu exercício moldado em cada caso concreto a partir das necessidades do direito material ali evidenciadas, viabilizando-se todas as técnicas processuais possíveis a fim de não apenas se proclamar o direito material, mas sim com vistas a efetivamente concretizá-lo, daí surgindo, portanto, a compreensão do direito de ação como o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante um processo justo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 247), consoante se verá no tópico seguinte.

Por fim, mais duas observações antes do término deste tópico se impõem.

A primeira, tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é buscar suprir uma omissão no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, buscar conferir uma expedita eficácia aos precedentes emanados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A premissa de tal busca se pauta na demonstração até aqui feita de que a tutela jurisdicional produzida no âmbito do Estado liberal não levava em consideração as características do direito material no caso concreto, conforme se viu anteriormente, ao passo que diante da diversidade de formas de tutela verificadas nesse tópico, tal ideia não mais pode subsistir no Estado Constitucional, motivo por que se analisará no item seguinte a estruturação do exercício do direito de ação a partir dessas necessidades demonstradas pelo direito material.

Ora, o entendimento que ao final será defendido consiste no fato de que como o direito de ação deve ser garantido a partir das características do direito material, não há como se conceber a omissão do ordenamento jurídico pátrio quanto à falta de técnicas processuais expeditas a se garantir uma pronta eficácia aos precedentes da Corte de San José diante das próprias características de que se revestem os direitos humanos, como a universalidade e a superioridade normativa, *exempli gratia*, as quais foram devidamente delineadas no capítulo segundo, servindo a demonstração da variedade de formas de tutela para se evidenciar a insuficiência do mito do procedimento único oriundo do processo do Estado liberal.

Ademais, como última observação há de se atentar para o fato de que ao se falar de precedentes da Corte Interamericana não se pode perder de vista a possibilidade de entendimentos aptos a incidirem no processo penal, sendo que no processo penal não há uma variedade de tutelas como se verifica no âmbito do processo civil.

Tal constatação se dá por um motivo bem simples, eis que enquanto no processo civil se tem uma possibilidade variada de bens jurídicos que podem ser contrapostos a depender do que se estabeleça como causa de pedir e como pedido no bojo da petição inicial, no processo penal se terá uma constância dos bens jurídicos em confronto, isto é, no processo penal se terá constantemente o confronto da persecução penal do Estado de um lado em detrimento do direito de liberdade do acusado do outro, sendo que a necessidade de técnicas processuais aptas a tutelarem os precedentes da Corte Interamericana de forma expedita no bojo do processo penal decorre da própria essencialidade do bem posto em causa, isto é, a liberdade de locomoção do imputado.

Porém, conforme já esclarecido acima, a pertinência de se demonstrar a variedade de tutelas do direito se dá com vistas a se acabar com o mito da suficiência do procedimento único, devendo o exercício do direito de ação ser formatado a partir das necessidades evidenciadas pelo direito material no caso concreto, acabando-se, por via de consequência, com o mito da suficiência da tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, tudo como uma decorrência, volte-se a afirmar, das características apresentadas pelo direito material.

A relevância dos caracteres dos direitos materiais como elemento determinante da forma de prestação da tutela jurisdicional deve ganhar maior destaque ao se ter em causa a discussão acerca de direitos humanos, dotados de universalidade e superioridade normativa, ainda mais quando se tiver em conta a aplicabilidade de precedentes no âmbito do processo penal, de maneira que o fato de a variedade de formas de tutela ter origem no processo civil por si só não tem o condão de se tê-las por impertinentes para o processo penal, eis que no âmbito deste último servirá como argumento de reforço com vistas a se buscar conferir por meio do

exercício do direito de ação formatado à luz das características do direito material a tutela imediata daqueles precedentes.

Pois bem, esclarecidas tais circunstâncias, passa-se no tópico seguinte à verificação do conteúdo do direito de ação no âmbito do Estado Constitucional de Direito.

4.3 O direito de ação no contexto dos valores do estado constitucional

Conforme se viu no tópico 4.1 acima, o processo oriundo do Estado liberal foi totalmente estruturado com vistas a se tutelar a garantia de uma liberdade extremada, aliada a uma visão estritamente formal da igualdade, o que trouxe como consequências, dentre outras, a unicidade procedimental e a tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia como suficientes para a tutela dos bens jurídicos.

Como decorrência dessa forma de se pensar o processo, aliada à visão meramente negativa do direito de ação, isto é, o direito de ação era visto como um direito de primeira dimensão em face do Poder Público, portanto, um direito a ser respeitado a partir de uma mera postura de abstenção do Estado, o direito de ação foi visto apenas e tão somente como um direito de liberdade, o qual para ser cumprido bastaria que o Poder Público não impedisse a possibilidade de se protocolar a ação. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 224-225).

Portanto, como já fora visto acima, o direito de ação nesse momento foi encarado apenas como a possibilidade de se protocolar a petição inicial, uma ação, por conseguinte, meramente abstrata, sem qualquer preocupação com as necessidades do direito material, que gerava para o Estado apenas a obrigação de se conferir resposta ao quanto fora pleiteado, motivo por que o função jurisdicional estaria cumprida com a prolação da sentença, não havendo, como se pode observar, qualquer preocupação com a efetividade dos direitos, motivo por que, diante da clássica divisão trinária das sentenças, hoje insuficiente, toda e qualquer sentença se apresentava declaratória *lato sensu*.

Porém, a partir do momento em que se ingressa no Estado Constitucional, uma nova conformação deve ser conferida à atividade judicial, eis que essa deixa de ser “a boca da lei” e passa a ser uma atividade que se apresenta como sendo a guardiã da Constituição. Dessarte, como reflexo deste Estado Constitucional, toda atividade jurídica a ser desenvolvida deve buscar uma conformidade dos atos jurídicos em geral com os valores contidos na Carta Magna e, por óbvio, pelos tratados internacionais de direitos humanos, eis que os valores tutelados por estes são plenamente absorvidos por aquela.

Assim, o processo no Estado Constitucional não pode ser um processo equivalente ao do Estado legislativo, eis que este fora formatado sob o espírito dos valores reinantes em uma época que não mais subsiste.

Portanto, é justamente neste quadro de se pensar em uma atividade judiciária preocupada com os valores tutelados pela Carta Magna que não há mais que se falar em um processo dotado de uma neutralidade, não havendo, por conseguinte, que se confundir autonomia processual com indiferença processual quanto às características do direito material que se busca tutelar no caso concreto, tudo isso em face de uma evidente interdependência entre o processo e o direito substancial, consoante verificado nos tópicos anteriores deste capítulo, sendo exatamente a partir deste prisma que surge a relevância da constatação das diversas formas de tutela dos direitos.

Neste contexto de ligação entre o direito processual e o direito material, Marinoni (2018, p. 49) leciona que:

Não há dúvida de que o processo não se confunde com o direito material. Contudo, a escola sistemática, ao construir as bases da autonomia do direito processual civil, parece ter esquecido a diferença entre *autonomia e indiferença*. O fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material *não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial*. Autonomia não é sinônimo de neutralidade ou indiferença. Ao contrário, a consciência da autonomia pode eliminar o medo escondido atrás de uma falsa neutralidade ou de uma indiferença que, na verdade, é muito mais meio de defesa do que alheamento em relação ao que acontece à “distância das fronteiras”. Na realidade, jamais houve – ou poderia ter ocorrido – isolamento do direito processual, pois há nítida interdependência entre ele e o direito material. Isso é tão evidente que supor o contrário seria o mesmo que esquecer a razão de ser do processo, considerada a necessidade de este ser pensado à luz da realidade social e do papel que o direito material desempenha na sociedade. (grifos do autor).

Assim, essa autonomia irrestrita do processo, lastreada sobretudo em valores ligados ao Estado liberal, restou insuficiente para dar uma resposta efetiva aos novos reclamos sociais. Com o advento do Estado Constitucional, o exercício da jurisdição não mais pode ser visto nos moldes em que fora concebido no Estado liberal, onde a liberdade individual tinha primazia sobre a tutela dos direitos.

Como exemplo da insuficiência do processo clássico para se dar resposta às novas demandas surgidas na sociedade trazida à lume pelo Estado Constitucional, vê-se que o processo positivado pelo Código de Processo Civil de 1973 não continha em sua origem a técnica processual da tutela antecipada, bem como dentro da classificação trinária das sentenças, a única cabível antes da violação do direito era a sentença declaratória, a qual, por razões óbvias, era insuficiente para a tutela dos direitos essenciais à personalidade humana, sendo que essa insuficiência procedimental para a efetiva tutela de direitos que não poderiam ser protegidos a

partir de uma tutela única e exclusivamente ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, teve como consequência inexorável a utilização da tutela cautelar inominada com efeito satisfativa. (MARINONI, 2018, p. 74-77).

Ora, na atual quadra de nosso ordenamento jurídico, diante da proteção que deve ser conferida a interesses de grande relevância para sociedade como um todo, como os direitos fundamentais e os direitos transindividuais, *exempli gratia*, a função da jurisdição é dar uma tutela efetiva a tais direitos, sendo que o conceito de tutela não é extraível do direito processual, decorrendo em verdade do próprio direito material, conforme visto acima, donde a tutela contra o ilícito deve receber tratamento prioritário frente à tutela ressarcitória diante da relevância dos direitos, também surgindo da relevância que os direitos assumem no Estado Constitucional a necessidade de se estruturar o procedimento justamente a partir dessas necessidades oriundas do direito material.

Dessarte, a tutela que o direito necessita é algo ínsito à própria estrutura do direito material, sendo que é justamente a partir desta preocupação com a tutela efetiva que advém do próprio material que há a possibilidade de se trabalhar com a tutela preventiva, tutela contra o ilícito, algo totalmente impensável à época do Estado liberal, em que a liberdade individual era vista como um valor quase supremo e em que todos os bens podiam ser reduzidos a um valor econômico. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 163).

Assim, com o advento do Estado Constitucional, o qual tem por missão precípua assegurar os direitos fundamentais, faz-se mister ter em conta que a atividade processual tem que se adequar às características do direito material vindicado em juízo, bem como as premissas do caso concreto, pois com a importância que é conferida aos direitos fundamentais hodiernamente, não há mais que se falar na atual quadra em primazia da tutela pelo equivalente econômico, em detrimento, por conseguinte, de valores que são caros à atual configuração do Estado Democrático de Direito.

Acerca da necessidade de uma atividade processual em sintonia com as características ínsitas dos direitos materiais, há de se ter em mente que é finalidade do processo civil que o mesmo se estruture a partir das tutelas que advém do direito material (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 42), podendo tal afirmação ser estendida às demais formas de processo, como, por exemplo, a possibilidade de concessão de tutelas cautelares inominadas no processo penal, desde que tais cautelares não tenham o condão de gerar uma restrição adicional à liberdade de locomoção do acusado.

Ora, é justamente em decorrência dessa finalidade de se adequar o processo às características do direito material vindicado em juízo que o legislador tem o dever de, ao

estruturar o procedimento, o fazer com as técnicas adequadas para se prestar uma tutela jurisdicional de acordo com as perspectivas do direito material discutido, da mesma forma que é missão do juiz na condução do processo se ater a essas tutelas que são prometidas no plano material, sob pena de se ter um processo totalmente descompassado dos seus fins. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 42).

Diante desse quadro, faz-se mister a utilização de um conceito para o direito de ação que seja compatível com a missão da função jurisdicional com vistas a não apenas proclamar os direitos no caso concreto, mas sim efetivamente tutelá-los, isto é, faz-se mister a utilização de um conceito para o direito de ação que seja compatível com os valores trazidos pelo advento do Estado Constitucional de Direito.

Neste diapasão, conforme os ensinamentos trazidos à baila por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 247), diante do quanto estipulado pelo art. 5º, XXXV, combinado com o art. 5º, LVI, ambos da Constituição Federal, o direito de ação não mais pode ser visto como sendo um direito a uma sentença, mas sim um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante um processo justo.

Portanto, a adequação, efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional assumem o caráter de elementos do conteúdo do direito de ação, não podendo a ação se limitar a afirmar o direito mediante a propositura da petição inicial, isto é, o exercício do direito de ação não pode ser concebido como um ato solitário, que se resume a um ato de meramente se protocolar uma petição, sendo, em verdade, a existência de um complexo de posições jurídicas que se sucedem ao longo de um procedimento. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 247-248).

Quanto ao elemento da adequação da tutela jurisdicional, este implica no reconhecimento de que o processo tem de se apresentar idôneo para a promoção do fim, isto é, para a realização do direito material, motivo por que a adequação da tutela jurisdicional significa que o direito material posto em causa deve ser levado em consideração para, a partir dele, estruturar-se um processo composto por técnicas processuais decorrentes da situação em concreto. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 248).

Ademais, não se pode perder de vista que do fato da necessária adequação da tutela jurisdicional como decorrência natural do direito de ação no contexto do Estado Constitucional, este direito de ação traz como consequências, dentre outras, a existência de procedimentos com níveis de cognição variados a partir das necessidades do direito material, a possibilidade de inversão do ônus da prova, o emprego da tutela antecipada, sentenças com executividade intrínsecas e o emprego de técnicas executivas idôneas. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 249).

A efetividade da tutelar jurisdicional, por seu turno, está atrelada à concepção de que o processo muito mais do que apenas afirmar o direito deve ter por condão conferir concretude ao direito reconhecido por ocasião da sentença, devendo a tutela jurisdicional do direito representar na maior medida do possível o direito material postulado em causa, razão por que a tutela específica se sobrepõe em detrimento da tutela pelo equivalente em pecúnia. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 255).

Por fim, como último elemento do conteúdo do direito de ação no Estado Constitucional, tem-se a necessidade de que a tutela jurisdicional seja prestada de forma tempestiva.

Quanto à duração razoável do processo, é preciso se lembrar que como fora dito no segundo capítulo, toda ordem jurídica deve ser estruturada com o ser humano em seu centro, assumindo a dignidade da pessoa humana um papel de grande relevo neste cenário, sendo que, quanto à ligação existente entre a dignidade humana e a duração do processo, Mendes (2012, p. 226) leciona que:

A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.

O direito à duração razoável ao processo fora positivado dentro da Constituição Federal por ocasião da Emenda Constitucional nº 45/2004, estando previsto no art. 5º, LXXVIII, ao estatuir que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Tal dispositivo se apresenta posto com redação extremamente vaga, aliás como uma decorrência da própria técnica redacional decorrente do Estado Constitucional e que fora vista no tópico 3.2, motivo por que não se tem uma definição precisa do momento a partir do qual estaria configurado o excesso de prazo em um determinado processo.

Como ponto de partida, faz-se mister definir os termos *a quo* e *ad quem* que serão os parâmetros de definição do tempo em que o processo pode ser considerado como um processo de duração excessiva.

Quanto ao momento inicial, não restam dúvidas de que o termo *a quo* é o início do processo, o qual passa a existir a partir do protocolo da petição inicial, nos termos do quanto prescrito pelo art. 312 do Código de Processo Civil de 2015, incluindo-se até mesmo o protocolo de uma petição inicial com vistas a um processo cautelar antecedente.

Entretanto, quanto ao termo *ad quem* da atividade processual, este deve esse ser entendido como a prestação jurisdicional, isto é, a prolação da sentença nos casos em que o

autor perca a demanda, sentença de improcedência, ou nas hipóteses em que o processo seja extinto sem a apreciação do mérito, porém englobando a efetiva prestação da tutela do direito, ou seja, a sua efetiva concretização na hipótese de o autor se sagrar vencedor. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 265).

Por fim, diante da omissão do direito pátrio em se definir um prazo exato a partir do qual se teria como ferido o postulado da duração razoável do processo, deve-se socorrer da teoria do não prazo, podendo-se tomar como parâmetro, portanto, os critérios estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, bem como pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, consistente na adoção de três critérios que irão nortear a atividade do intérprete no caso concreto com vistas a aferir o excesso de prazo.

Assim, segundo a lição preconizada por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 265-266), a Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu três critérios, quais sejam, o comportamento das autoridades, o comportamento das partes e a complexidade da causa, como hábeis a servirem de parâmetros na verificação da duração razoável ou não de um processo em um caso concreto, sendo que tais critérios podem ser perfeitamente utilizados no direito brasileiro.

Em sentido semelhante, Lopes Jr. (2012, p. 206-209), desta feita com entendimento aplicado ao processo penal, ao aduzir que diante da vagueza redacional adotada pela Constituição Federal, valendo-se esta, portanto, da doutrina do não prazo, isto é, ausência de prazo expresso delimitado em lei, menciona quatro critérios para se aferir a duração razoável do processo, os quais coincidem com os critérios acima já aduzidos, acrescentando-se apenas o princípio da razoabilidade, leciona que:

Em síntese, o art. 5º, LXXVIII, da Constituição adotou a doutrina do não prazo, fazendo com que exista uma indefinição de critérios e conceitos. Nessa vagueza, cremos que quatro deverão ser os referenciais adotados pelos tribunais brasileiros, a exemplo do que já acontece nos TEDH e CADH: complexidade do caso; atividade processual do interessado (imputado), que obviamente não poderá se beneficiar de sua própria torpeza; a conduta das autoridades judiciárias como um todo (polícia, Ministério Público, juízes, servidores, etc.); princípio da razoabilidade.

Desta feita, a partir da ideia das tutelas dos direitos, as quais como acima já indicado, podem ser utilizadas como argumento de reforço no âmbito do processo penal, vê-se a necessidade de se pensar a busca pela efetividade jurisdicional do direito a partir do prisma das necessidades e características do direito material posto em discussão, superando-se, por conseguinte, a (ultra)passada visão de que diante da autonomia do direito processual, este teria que restar indiferente para com o direito material, sendo que essa superação é fruto do advento do Estado Constitucional e do surgimento de outros direitos a serem protegidos para além

daqueles de primeira dimensão, os quais trouxeram consigo uma multifuncionalidade para os direitos fundamentais, dentre as quais se destaca o dever de proteção estatal.

Portanto, em razão desta situação trazida à tona a partir da superação do Estado liberal pelo Estado Constitucional, a superação da ação abstrata e descompromissada com as características e efetividade do direito material é medida que se impõe a todos os órgãos estatais, motivo por que, em reforço ao que já foi dito anteriormente, nos dizeres de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015a, p. 247), o direito de ação deve ser doravante definitivamente visto como o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, mediante um processo justo.

Pois bem, diante deste quadro de necessária (re)formulação do conceito do direito de ação, diante da constatação do capítulo anterior de que o emprego de um sistema de precedentes é uma decorrência lógica das mudanças ocasionadas ao direito, tudo como fruto do advento do Estado Constitucional, bem como também tendo em vista a constatação de que o rol do art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 não encerra um rol exaustivo de decisões aptas a gerarem precedentes, devendo as decisões da Corte de San José, portanto, serem consideradas como precedentes obrigatórios para o direito brasileiro, é chegada a hora de se verificar se o ordenamento pátrio possui técnicas processuais adequadas para se conferir a devida concretização a tais precedentes e em caso negativo se há alguma possibilidade de utilização de institutos outros com vistas a se tutelar tais precedentes, o que será objeto de análise nos tópicos subsequentes.

4.4 A subsidiariedade do processo internacional de direitos humanos: a força vinculante dos precedentes da corte interamericana - a (in)existência de técnicas processuais no direito brasileiro com aptidão de se conferir eficácia a tais precedentes

Conforme se viu ao fim do capítulo anterior, as decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos formam precedentes vinculantes para o direito brasileiro.

Assim, o Estado brasileiro tem a obrigação de respeito a tais precedentes na medida em que ao se aderir a um tratado surge como obrigação indissociável a de se dar fiel cumprimento ao tratado em questão, sendo que esse cumprimento se verifica não apenas ao se acatar as decisões contra si prolatadas, mas também ao se seguir os precedentes que definem o sentido do texto daquele tratado.

Por outro lado, esse dever de respeito aos precedentes da Corte Interamericana pelos tribunais pátrios surge até mesmo como decorrência de uma nota que é ínsita ao processo

internacional de direitos humanos, qual seja, a nota da subsidiariedade, o que denota, portanto, a qualitatidade material dos casos que chegam à apreciação desta instância internacional.

A subsidiariedade como premissa reitora do processo internacional dos direitos humanos implica em um filtro imposto às causas para que estas possam ser aceitas pelos tribunais internacionais, querendo tal caractere significar que não se pode acionar as instâncias internacionais sem antes se esgotar o mérito da questão posta no âmbito do direito interno, isto é, pelos tribunais pátrios, estando tal condição de admissibilidade expressamente prevista no art. 46, número 1, letra “a”⁸, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Acerca da necessidade de esgotamento dos recursos internos, Ramos (2013b, p. 221-222) ensina que tal regra tem o condão de exigir que o peticionante comprove o esgotamento das instâncias internas, sejam judiciais ou administrativas, sendo que tal exigência teve uma enorme aceitação no Direito Internacional justamente por se privilegiar as soberanias estatais, apesentando-se, por conseguinte, como um papel redutor de tensões entre os Estados.

Ademais, não se pode perder de vista que tal regra da subsidiariedade do processo internacional tem o condão de gerar para o Estado o dever de prover os indivíduos de recursos internos aptos a protegerem os seus direitos, sendo que caso o Estado falhe neste seu mister, responderá duplamente, isto é, responderá pela violação inicial que gerou a busca pela tutela do direito, bem como responderá também pela falta de recursos internos idôneos à tutela do direito. (RAMOS, 2013b, p. 222).

Por fim, ainda quanto a essa condição do esgotamento dos recursos internos, cabe chamar a atenção para o fato de que a própria Convenção Americana prevê situações em que não se aplica a exigência do esgotamento das instâncias internas, consoante previsto expressamente no art. 46, número 2, letras “a”, “b” e “c”⁹.

Pois bem, considerando que as decisões prolatadas pela Corte Interamericana apresentam potencialidade para gerarem precedentes vinculantes para o direito brasileiro, bem como o postulado da subsidiariedade do processo internacional, há de se concluir que desse

⁸ 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

⁹ 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

conjunto de coisas decorre para o Estado brasileiro o dever de proteção consistente em prover as pessoas com recursos processuais internos aptos a concretizarem seus direitos, motivo por que é de se indagar se o ordenamento jurídico brasileiro prevê algum instrumento processual que possa dar uma expedita concretude aos precedentes oriundos das decisões da Corte de San José?

Tal indagação se mostra relevante por dois motivos: primeiro porque como foi demonstrado ao longo do terceiro capítulo, o Código de Processo Civil de 2015 teve como um dos maiores objetivos a positivação de um sistema de precedentes e em segundo lugar porque como decorrência deste sistema de precedentes, o Código inovou na ordem jurídica ao estatuir uma outra função para o instituto da reclamação, qual seja, para além daquelas hipóteses já previstas na Constituição Federal, a reclamação poderá ser doravante usada com vistas a se garantir precedentes dos tribunais.

Ora, como o Código foi lacunoso quanto à consideração de decisões oriundas da Corte Interamericana como geradoras de precedentes vinculantes para o direito brasileiro, o mesmo foi lacunoso também na previsão de um instrumento processual, uma técnica processual, com aptidão para se dar concretude a tais precedentes, motivo por que há de se buscar a possibilidade de utilização de alguma técnica processual já existente no direito brasileiro com vistas a tal desiderato, ainda que seja em uma aplicação extensiva.

Dessarte, com o desiderato de se demonstrar a necessidade de se buscar uma técnica processual com vistas a se conferir eficácia aos precedentes oriundos da Corte Interamericana, mostra-se oportuna uma análise sobre o instituto do Incidente de Deslocamento de Competência.

Desde já deve ser feita a ressalva de que não se trata de uma análise profunda acerca de tal instituto, eis que o mesmo, neste trabalho, não se mostra como sendo o objeto pertinente da tentativa de resolução do problema quanto à (in)existência de instrumento processual no direito brasileiro que possa conferir eficácia aos precedentes da Corte de San José pelas razões aqui adotadas e logo abaixo mencionadas, sendo que tal análise tem a pretensão de reforço argumentativo da necessidade de utilização de técnicas processuais aptas a darem proteção aos precedentes da Corte Interamericana, eis que a positivação do incidente acima mencionado pelo legislador constituinte mostra a preocupação deste para com a proteção processual interna dos direitos humanos.

O Incidente de Deslocamento de Competência veio ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, estando expressamente previsto no art. 109, § 5º, da Constituição Federal.

Pois bem, tal instituto é uma decorrência clara do postulado da subsidiariedade do processo internacional dos direitos humanos, o qual intenta fazer com que a União possa, ao transferir uma causa para a sua Justiça, a Justiça Federal, dar resolutividade a um determinado problema, antes que a República Federativa do Brasil possa ser acionada internacionalmente.

Porém, para o fim que aqui se propõe, qual seja, a busca por um instrumento processual que possa conferir uma eficácia imediata aos precedentes da Corte Interamericana, o instituto do deslocamento de competência não se mostra adequado, sendo que tal inadequação se verifica por dois motivos.

O primeiro motivo de inadequação do incidente de deslocamento de competência como sucedâneo de se conferir a proteção da eficácia precedental das decisões da Corte de San José se dá em virtude da legitimidade ativa para tal expediente processual.

Ao se ler a redação da Constituição Federal em seu art. 109, § 5º, verifica-se que a legitimidade ativa para os fins de propositura do incidente de deslocamento de competência se concentra única e exclusivamente na Procuradoria-Geral da República, alijando-se, portanto, do debate da fixação do teor daqueles precedentes os reais beneficiários dos mesmos, sendo que a concentração da legitimidade ativa para agir em único órgão pode ter o condão de funcionar como um enorme filtro de ajuizamento de tal medida.

A confirmar a existência de críticas quanto à exclusividade da legitimidade da Procuradoria-Geral da República para os fins de ajuizamento do incidente de deslocamento de competência, Cazetta (2009, p. 184-185) aponta ao menos dois tipos de críticas, sendo que uma dessas críticas é justamente a que propugna por um rol maior de legitimados.

Porém, é de se ressaltar que Cazetta (2009, p. 185), apesar de reconhecer a crítica acima indicada, entende que a legitimidade exclusiva é pertinente no presente caso, eis que o incidente de deslocamento de competência se apresentaria como sendo uma alternativa ao pedido de intervenção federal, do qual a Procuradoria-Geral da República detém a legitimidade exclusiva.

Entretanto, como o que se busca no presente trabalho é uma alternativa para se conferir uma eficácia expedita aos precedentes da Corte Interamericana, entende-se que a crítica quanto à legitimidade exclusiva se apresenta pertinente, ao menos no que pertine à busca de concretização célere dos precedentes da Corte de San José.

Neste diapasão, não é por outro motivo que a Constituição Federal de 1988 previu um rol extenso de legitimados para o ajuizamento de ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Também foi essa a razão que levou o constituinte a vedar expressamente que se conferisse a legitimidade ativa a um único órgão ao autorizar que os Estados-membros

pudessem prever em suas Constituições o processo concentrado de inconstitucionalidade de leis estaduais e municipais em face das Constituições Estaduais.

Portanto, a legitimidade ativa exclusiva na Procuradoria-geral da República já teria o condão de descartar de plano a utilização do incidente de deslocamento de competência como instrumento com potencialidade de se conferir eficácia aos precedentes oriundos da Corte Interamericana.

Um outro motivo que no presente trabalho leva à conclusão pela não utilização do incidente de deslocamento de competência com o fim de se tutelar os precedentes acima já aduzidos vem como uma decorrência do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal acerca do posicionamento hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, os tratados internalizados mediante o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Carta Magna, seriam equivalentes à emenda constitucional, ao passo que os demais tratados, teriam um *status* de supralegalidade.

Ora, tal entendimento tem como consequência inafastável o fato de que os tratados internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, portanto, detentores do *status* constitucional, não poderão ter o seu conteúdo, o seu sentido, perquirido pelo Superior Tribunal de Justiça, justamente pelo fato de o Supremo Tribunal Federal ser posto pelo próprio texto constitucional como o guardião da Constituição Federal.

Por outro lado, há sempre de ser lembrada a previsão constitucional acerca da competência jurisdicional de processamento e julgamento do incidente de deslocamento, a qual fixa a competência para tal incidente no Superior Tribunal de Justiça, conforme acima já destacado, inviabilizando-se, portanto, qualquer tentativa de que o Superior Tribunal de Justiça possa tentar fixar os conteúdos dos precedentes que versam sobre textos de tratados que tenham equivalência às emendas constitucionais.

Dessarte, diante do postulado da subsidiariedade do processo internacional dos direitos humanos e verificada a obrigação de que o direito interno dos Estados confirmem recursos (técnicas processuais) idôneos a tutelarem os direitos, bem como se tendo observado que o instituto do incidente de deslocamento de competência veio a lume no ordenamento jurídico brasileiro como uma decorrência do postulado da subsidiariedade, e ainda tendo se demonstrado pelas razões acima adunadas que o mesmo não se apresenta idôneo para os fins de se conferir eficácia aos precedentes da Corte Interamericana, é de se indagar se pode existir outra técnica processual que se preste para tal desiderato.

Portanto, com vistas a se buscar uma técnica processual idônea no ordenamento jurídico brasileiro a fim de se conferir eficácia aos precedentes da Corte de San José, passa-se

a analisar a reclamação em face das inovações trazidas a este instituto pelo advento do Código de Processo Civil de 2015.

4.5 A origem e a natureza jurídica do instituto da reclamação

A análise da origem e da natureza jurídica da reclamação para os fins do presente trabalho se pauta em duas razões.

A primeira delas diz respeito a evidenciar que o uso da reclamação tem a sua origem para além de qualquer texto positivado, fator que se revela preponderante na possibilidade de um novo uso da reclamação novamente para além das situações previstas expressamente em textos normativos, ainda mais no presente contexto trazido pelo Código de Processo Civil de 2015 em que a reclamação teve hipótese de cabimento acrescida com relação àquelas previstas na Constituição Federal.

A segunda razão se funda no fato de que a partir da natureza jurídica da reclamação se extrai um efeito jurídico que é ínsito a este instituto processual, qual seja, o caráter pedagógico da reclamação, o qual terá grande relevância na criação de uma cultura de respeito aos precedentes oriundos da Corte Interamericana que é o que se propõe no presente trabalho.

Pois bem, a reclamação pode ter a sua evolução histórica dividida para fins didáticos em três fases, quais sejam, a fase anterior à Constituição de 1988, fase pré-constitucional; a fase que surge com este texto constitucional, fase constitucional, e a que se inicia a partir do Código de Processo Civil de 2015, fase codificada. (AZEVEDO, 2018, p. 47-48).

Para os fins do presente trabalho nesse momento, que visa a estabelecer a origem da reclamação entre nós, ganha maior relevo a fase anterior à Constituição Federal de 1988, eis que foi nesse momento que surgiu tal instituto processual desvinculado de qualquer texto, sendo que as primeiras reclamações surgem no Supremo Tribunal Federal em meados da década de 1940. (AZEVEDO, 2018, p. 48-49).

O fato de a reclamação não ter previsão expressa no texto constitucional teve como consequência uma origem em que a mesma se confundiu com a reclamação correicional, bem como contestações em face de que a reclamação não tinha previsão expressa em qualquer dispositivo, sendo que o instituto se desenvolveu justamente a partir dos julgados que foram se sucedendo, os quais tiveram o condão de consolidar a reclamação nos moldes em que é hoje. (AZEVEDO, 2018, p. 49-50).

Neste ambiente de contestação do surgimento da reclamação em face da ausência de texto que a previsse de forma expressa, o fundamento jurídico de que se valeu o Supremo

Tribunal Federal foi uma teoria há muito difundida na Suprema Corte Norte Americana, qual seja, a teoria dos poderes implícitos, segundo a qual das competências expressas para os tribunais, decorrem competências que lhe são implícitas, ínsitas, sendo que a utilização da reclamação como forma de se conferir uma efetiva observância às competências constitucionais tem o condão de concretizar o postulado da força normativa da Constituição. (AZEVEDO, 2018, p. 50-52).

Portanto, a demonstração da gênese pretoriana da reclamação constitucional nos moldes em que é conhecida hoje tem a importância de revelar a possibilidade e até mesmo a necessidade de se buscar um novo fundamento para a mesma, consistente na preservação dos precedentes que versem sobre os direitos humanos e que sejam oriundos da Corte Interamericana, cujo fundamento será trazido mais à frente, restando esclarecido que a própria origem da reclamação é prova incontestável de que a mera ausência de texto expresso não pode funcionar como um obstáculo absoluto de surgimento ou de expansão de um determinado instituto processual, no caso em questão, a reclamação constitucional.

Por outro lado, como já dito acima, a discussão da natureza jurídica da reclamação para os fins do presente trabalho terá o condão de, ao apartá-la de outros institutos, reconhecer um efeito específico na reclamação e que muito poderá contribuir para a criação de uma cultura de precedentes no Brasil, principalmente os precedentes que são versados neste trabalho, sendo que tal função da reclamação a que aqui se faz alusão consiste na função pedagógica e que será esclarecida mais à frente.

Pois bem, quanto à natureza jurídica da reclamação, as posições tanto doutrinárias, quanto judiciais, variaram bastante, havendo entendimentos que assimilavam a reclamação à correição parcial, passando por entendimentos que entendiam a reclamação como um incidente processual ou mesmo um recurso, tendo chegado o Supremo Tribunal Federal, inclusive, a se posicionar pela natureza jurídica da reclamação como sendo exercício do direito de petição.

Dessarte, tentando esclarecer a natureza jurídica de que se reveste o instituto da reclamação, Azevedo (2018, p. 107-128) arrola alguns dos posicionamentos doutrinários, fazendo alusão às seguintes possibilidades elencadas pela doutrina e mesmo pela jurisprudência: medida administrativa, recursal, exercício do direito de petição, incidente processual e ação.

Pois bem, estabelecidos esses possíveis pontos de vista no que pertine à natureza jurídica da reclamação, verifica-se que a doutrina majoritária se posiciona pelo reconhecimento da reclamação como possuindo natureza jurídica de ação, tendo sido essa, aparentemente, a opção do legislador do Código de Processo Civil de 2015.

Quanto à natureza recursal da reclamação, essa é facilmente rechaçada na medida em que o recurso se apresenta como sendo o prolongamento de uma relação processual já em curso, servindo, portanto, para impugnar decisões judiciais. Entretanto, é pacífico na doutrina, decorrendo em verdade até mesmo do quanto disposto no art. 103 – A, § 3º, da Constituição Federal, que a reclamação tem o condão de impugnar até mesmo atos administrativos, mostrando-se, portanto, que tal instituto processual não pode apresentar natureza recursal.

Ademais, também deve ser mencionado que ao contrário do recurso, que tem o efeito substitutivo, a reclamação não apresenta tal efeito, sendo esse mais um fundamento apto a descaracterizar a reclamação como recurso.

Neste sentido também é a lição de Azevedo (2018, p. 113-115) que elenca os seguintes motivos como inviabilizadores da natureza recursal da reclamação: a possibilidade de impugnação de atos administrativos; o princípio da taxatividade dos recursos, não estando a reclamação arrolada como recurso no direito brasileiro; a ausência de efeito substitutivo; a não necessidade de sucumbência para a interposição; e a ausência de prazo para a sua interposição, devendo apenas quanto a este último aspecto, observar-se que não cabe reclamação contra decisão judicial já acobertada pelo manto da coisa julgada, conforme previsto, inclusive, no art. 988, § 5º, I, do Código de Processo Civil.

Prosseguindo-se na verificação da natureza jurídica da reclamação, esta, entendida como exercício do direito de petição, teve como importante marco para tal entendimento o julgado do Supremo Tribunal Federal na Adin 2.212-CE (BRASIL, 2003), onde se contestava um dispositivo da Constituição do Estado do Ceará que previa a possibilidade de ajuizamento de reclamação contra as decisões que contrariassem as decisões do Tribunal de Justiça daquele estado, bem como para garantir a competência daquele tribunal.

O Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a Constituição Federal dispõe em seu art. 22, I, a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, definiu a natureza de exercício de direito de petição da reclamação.

Porém, ao se reconhecer a natureza de exercício do direito de petição para a reclamação, tal entendimento traz consigo obstáculos intransponíveis, eis que como vaticina Azevedo (2018, p. 120), reconhecer tal natureza à reclamação implica a possibilidade de seu ajuizamento perante qualquer autoridade administrativa, a impossibilidade de se exigir o pagamento de custas, a ausência de formalidades procedimentais, a impossibilidade de se formar a coisa julgada material e a desnecessidade de capacidade postulatória, sendo esses motivos suficientes para também se rechaçar a natureza de exercício de direito de petição da reclamação.

Quanto ao entendimento de se enxergar na reclamação um incidente processual, há de se ter em vista que o incidente processual ocorre quando no curso de uma relação processual surge alguma controvérsia que exige uma prévia resolução a fim de que o procedimento retome o seu curso normal, o que tem como consequência óbvia o fato de que para que exista um incidente processual, faz-se mister a existência de uma relação processual em curso.

Entretanto, conforme já averbado acima, é cabível a reclamação até mesmo contra ato administrativo, portanto, independentemente de relação processual em curso, sendo que nesse sentido Azevedo (2018, p. 121-122) leciona que a reclamação tem o condão de inaugurar uma pretensão em juízo, não estando atrelada necessariamente a processo preexistente, razão por que não pode a reclamação apresentar natureza de incidente processual.

Por fim, dentre os vários posicionamentos acerca da natureza jurídica da reclamação, há o entendimento de que a reclamação apresenta natureza de ação, sendo que esse é o entendimento majoritário na doutrina e aquele que ao final restou vencedor com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Acerca da natureza de ação da reclamação são as lições de Azevedo (2018, p. 122-126) ao afirmar que a reclamação se encontra dentro da jurisdição constitucional, colocando-a ao lado de remédios históricos do direito processual constitucional brasileiro como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o mandado de injunção e o *habeas data*, servindo a reclamação para a segurança e a igualdade perante o Poder Judiciário.

Ao discorrer sobre a natureza jurídica da reclamação, igual pensamento é sufragado por Xavier (2016, p. 90) ao afirmar que “Com efeito, estão presentes, na reclamação, os três elementos identificativos de uma ação, a teor do art. 301, § 2º, do CPC/1973 (correspondente ao 337, § 2.º, do CPC/2015): *partes, causa de pedir e pedido*”.

Outro não é o entendimento de Cunha (2016, p. 674) ao afirmar que “A reclamação contém, inclusive, os elementos da ação, a saber: partes, causa de pedir e pedido.”

Portanto, verificada a natureza jurídica de ação da reclamação, a conclusão aqui presente deve ser conjugada com aquela prevista no item 4.4, isto é, de que ação no estado constitucional deve promover uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva mediante um processo justo, entendimento que vai influir na própria concepção da reclamação e na forma como tal instituto deve ser (re)interpretado, devendo a reclamação, portanto, ser formatada a partir da espécie de direito material que com ela se busca tutelar no caso concreto.

Dessarte, para os fins do presente trabalho, essa busca de formatação da reclamação constitucional a partir do direito material posto em causa ganha ainda maior relevo na medida em que o direito material aqui levado em consideração é justamente aqueles direitos essenciais

à pessoa humana e que são reconhecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, devendo ser aqui lembrado que tais direitos são especialmente revestidos das notas da universalidade e da superioridade normativa, conforme visto no capítulo segundo, por óbvio, sem prejuízo de outras características, devendo tais caracteres dos direitos humanos serem levados em consideração nesta busca por nova formatação para a reclamação.

Assim, é chegada a hora de se perquirir se é possível, a partir das novas funções conferidas à reclamação pelo Código de Processo Civil de 2015, o qual previu a reclamação como instrumento processual idôneo de garantia de precedentes de tribunais, bem como levando em consideração a universalidade e a superioridade normativa de que se revestem os direitos humanos, avançar na (re)leitura da reclamação não apenas para a garantia de precedentes de tribunais pátrios, mas também da Corte de San José, o que será feito a partir do tópico seguinte.

4.6 A reclamação como técnica processual de tutela dos precedentes da corte interamericana de direitos humanos

Como vem sendo dito ao longo deste trabalho, a existência de um sistema de precedentes é uma exigência lógica da própria estrutura com que se apresenta o fenômeno jurídico, ainda mais com o advento do Estado Constitucional, tendo este trazido grandes impactos para o direito, conforme já delineado no tópico 3.2.

Diante de tal exigência do fenômeno jurídico por um sistema de precedentes, o Código de Processo Civil de 2015 tentou positivar tal sistema entre nós, com algumas falhas é verdade, porém é o início para um país que ainda vive mergulhado em uma cultura de um puro *civil law*, com bases de fundamentação ainda presas aos valores do Estado liberal do século XVIII, sendo que um dos destaques deste sistema de precedentes é a atribuição de uma nova função à reclamação constitucional.

Conforme visto no tópico anterior, a reclamação constitucional, de acordo com a evolução histórica aqui utilizada, encontra-se em sua terceira fase, qual seja, a fase codificada, justamente por ter sido prevista no Código de Processo Civil, sendo que dentre as disposições desta regulamentação se encontra a previsão de que a reclamação, para além das hipóteses tradicionais de cabimento nos casos de garantia da competência e das decisões dos tribunais, também será cabível para a garantia dos precedentes, sendo que com essa nova roupagem a reclamação será cabível não mais apenas para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça, mas para todo e qualquer tribunal, cabível inclusive para os tribunais de segundo grau nas situações de proteção à jurisprudência uniformizadora destes.

A possibilidade de utilização da reclamação com vistas a se garantir precedentes se encontra prevista no art. 988, incisos III e IV, do Código de Processo Civil, onde se prevê o cabimento daquele remédio a fim de se garantir a observância de súmula vinculante e decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso III) e a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (inciso IV).

Uma observação a ser feita quanto a estes dispositivos diz respeito ao fato de que, conforme visto no capítulo anterior, a partir do momento em que se trabalha com precedentes, a parte da decisão que ganha valor precedental para fins de vinculação é a fundamentação, motivo por que da mesma forma que as decisões que têm aptidão para gerar precedentes não se resumem aquelas previstas no art. 927, as decisões com valor precedental que se mostram tuteláveis pela via da reclamação também não se devem resumir a estas previstas em alguns incisos do art. 988 do Código de Processo Civil.

Quanto a esta observação, é de se indagar se seria da natureza dos precedentes a utilização da via da reclamação com essa finalidade de se conferir eficácia a estes precedentes.

Em sentido contrário, isto é, de que o fato de uma decisão apresentar valor precedental não traz como efeito imediato a previsão de um instituto processual específico para a tutela do precedente, encontra-se a posição sufragada por Azevedo (2018, p. 173-175), o qual afirma que o rol do art. 988 seria taxativo, não cabendo o ajuizamento da reclamação nas demais hipóteses do art. 927 e que não foram previstas neste dispositivo da reclamação, aduzindo ainda que para se controlar a observância dos precedentes são cabíveis outros instrumentos jurídicos como os recursos, sendo este, inclusive, na opinião do autor, o meio mais utilizado nos países de *common law* para o desenvolvimento dos precedentes.

Em sentido semelhante é a lição de Xavier (2016, p. 146) ao dizer que:

Portanto, é possível concluir que a instituição de uma ação autônoma de impugnação como forma de garantia da autoridade dos precedentes de uma determinada Corte (seja ela um Tribunal Constitucional ou uma Corte Suprema) não é, em absoluto, uma necessidade científica ligada de forma intrínseca ao reconhecimento de eficácia vinculante às suas decisões. (grifos do autor).

Entretanto, ousa-se discordar destas lições, eis que a formação de um precedente, em tese, leva um longo período de maturação, ainda mais se forem considerados aqueles precedentes oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, onde o filtro de ajuizamento de ações é muito grande em face da incidência do postulado da subsidiariedade do processo internacional, sendo que como foi visto no tópico 3.4, não se pode perder de vista que no Estado Constitucional a noção de tempo se integra ao próprio conceito de ação a fim de que

a tutela ao direito seja prestada de forma efetiva, tendo os tribunais internacionais de direitos humanos, inclusive, criado critérios a fim de se tornar mais controlável a duração do processo, conforme já aduzido acima.

Ademais, ainda há de ser lembrado que a Constituição Federal positivou expressamente a duração razoável do processo como um postulado constitucional do exercício da função jurisdicional do Estado.

Dessarte, fazer com que a parte que tem a sua situação jurídica perfeitamente regida por um determinado precedente, o qual em muitos dos casos levou longos anos para ser definido, tenha que ainda esperar outra infinidade de tempo para que o seu direito seja reconhecido ao fim pelas Cortes de Vértice mediante a interposição de uma série de recursos, é medida destituída de proporcionalidade.

Assim, levando-se em consideração a necessidade de se prestar a tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, há de se entender que o fato de o legislador ter adotado expressamente a possibilidade de ajuizamento de reclamação para determinados precedentes, não exclui em hipótese alguma a também utilização de tal técnica processual para a garantia de outros precedentes, mesmo não estando estas decisões previstas expressamente no art. 927 ou no art. 988, ambos do Código de Processo Civil, tudo como uma decorrência lógica do dever de tutela aos direitos, mais ainda aos direitos fundamentais aos seres humanos, devendo ainda ser lembrado o fato de que o exercício constitucional do direito de ação ter de se verificar de forma efetiva.

Sobre a necessidade de uma nova leitura para a reclamação, tratando da reclamação para o Superior Tribunal de Justiça, mas que, por óbvio, pode ter o seu fundamento transcendido para as reclamações ajuizadas nos demais tribunais, Marinoni, (2017, p. 235) leciona que:

A reclamação, portanto, deve ser repensada, ou melhor, dogmaticamente elaborada à luz da função que o STJ tem a incumbência de desenvolver no Estado Contemporâneo. Atualmente, não é possível pensar que a reclamação tenha apenas o intuito de proteger as partes do processo em que a decisão foi ou há de ser prolatada. Afinal, o STJ não é mais uma mera Corte de correção, voltada à tutela da lei.

Pois bem, esclarecido que a reclamação tem uma nova função de garantidora de precedentes a partir do surgimento do Código de Processo Civil de 2015, bem como o fato de que as hipóteses de precedentes que podem ser garantidos mediante a reclamação não devem ser apenas aquelas previstas no art. 988, sendo uma decorrência da efetividade com que deve se revestir a prestação da tutela jurisdicional, podendo-se utilizar a reclamação, portanto, para precedentes que não estão previstos no art. 927, faz-se a seguinte indagação: e no caso de

decisões da Corte Interamericana, seria possível o ajuizamento de reclamação com vistas a se garantir os seus precedentes?

A resposta a essa pergunta se mostra positiva, sendo que nos tópicos seguintes é necessária a discussão acerca de duas questões, quais sejam: a) se a reclamação surge no ordenamento brasileiro a partir da teoria dos poderes implícitos, qual seria o fundamento para a garantia dos precedentes da Corte Interamericana por meio do ajuizamento da reclamação; e b) de quem seria a competência para o julgamento de tais reclamações?

Porém, antes de se responder aos questionamentos formulados no parágrafo anterior, mais especificamente quanto à indagação de qual seria o fundamento para se aceitar o ajuizamento de reclamações para se garantir precedentes da Corte Interamericana, haja vista que o fundamento inicial para o reconhecimento da reclamação seria a teoria dos poderes implícitos, pode-se visualizar a ampliação de utilização da reclamação ainda à época do Código de Processo Civil de 1973 com base em fundamento outro que não a teoria dos poderes implícitos em ao menos um caso, qual seja, o da resolução número 12/2009 do Superior Tribunal de Justiça.

Pois bem, tal resolução surgiu diante da necessidade de se atacar decisões proferidas por turmas recursais dos juizados especiais estaduais, eis que das decisões de tais turmas não cabe recurso especial, devendo ainda ser destacado que os juizados especiais estaduais não contam com a previsão de algo análogo ao que ocorre no âmbito dos juizados especiais na órbita federal, isto é, a Turma Nacional de Uniformização.

Tal característica dos juizados especiais federais, a existência da Turma Nacional de Uniformização, é importante, eis que a Lei nº 10.259 (BRASIL, 2001a) prevê em seu art. 14, § 4º, a possibilidade de impetração de recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que as decisões da Turma Nacional de Uniformização contrariem súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça em questões de direito material.

Ora, diante da omissão da legislação que regula os juizados especiais no âmbito estadual, tornando a prestação jurisdicional ali ofertada carente de instrumentos processuais com aptidão para combater o descumprimento por parte das Turmas Recursais Estaduais quanto aos entendimentos fixados pelo Superior Tribunal de Justiça; o Supremo Tribunal Federal, em embargos de declaração no Recurso Extraordinário de número 571.572 (BRASIL, 2009b), previu a possibilidade excepcional de ajuizamento de reclamações no âmbito do Superior Tribunal de Justiça contra decisões de turmas recursais estaduais que não aplicasse a interpretação fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao menos até que fosse criado um órgão uniformizador, entendimento que deu origem à mencionada resolução de número 12/2009.

Sobre o quadro de surgimento desta resolução, Xavier (2016, p. 96) afirma que tal contexto evidencia uma situação que vai além do respeito à isonomia, sendo em verdade um reconhecimento do caráter de Corte Suprema exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, não podendo, portanto, a ordem jurídica deixar desprotegidos os precedentes oriundos daquela Corte em face de julgados de Turmas Recursais Estaduais.

Tal julgado é de extrema importância, eis que compartilha do mesmo entendimento defendido no presente trabalho no sentido de que, diante da omissão legislativa, faz-se mister conferir ao ordenamento jurídico posto uma interpretação em que os instrumentos processuais existentes tenham a sua formatação jurídica até mesmo ampliada com vistas a se promover uma efetiva tutela do direito a partir das características do direito material posto em causa, sendo que esse entendimento do Supremo Tribunal Federal claramente se guia em um sentido de utilização da reclamação com vistas a se garantir precedente, portanto, para além das hipóteses de garantia da competência ou da autoridade de uma determinada decisão de um dado tribunal, e isso ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Portanto, esse julgado do Supremo Tribunal Federal evidencia a imprescindibilidade de se buscar a formatação das técnicas processuais a partir das características e importância do direito material posto em causa, isso sempre aliado à busca de se efetivar o direito à isonomia e à segurança jurídica por intermédio dos precedentes, até mesmo em situações como no caso acima que versava sobre direito disponível.

Ora, se tal situação se apresenta até mesmo diante de direitos patrimoniais disponíveis em homenagem aos postulados da isonomia e da segurança jurídica, tal quadro se impõe ainda mais quando se está diante de julgados da Corte Interamericana versando acerca de direitos essenciais para a pessoa humana, ganhando destaque nessa determinabilidade da formatação das técnicas processuais com vistas a se concretizar esses precedentes as características de que os direitos humanos são detentores e que foram vistas por ocasião do tópico 2.5 do capítulo segundo, dando-se maior destaque dentre essas características aquelas da universalidade e da superioridade normativa.

Pois bem, verificado que a reclamação pode ter construção judicial cujos fundamentos se verificam para além da teoria dos poderes implícitos, inclusive tendo se usado como fundamento dessa construção judicial justamente o quadro de respeito a precedentes, cabe trazer à baila uma teoria acerca do respeito aos entendimentos da Corte Interamericana que evidencia a imperiosidade de que o ordenamento jurídico brasileiro disponha de uma técnica processual para a efetividade destes precedentes, podendo-se, portanto, ao menos por enquanto, ser feita a utilização da reclamação constitucional com fundamento na teoria do duplo controle.

4.6.1 Teoria do duplo controle como fundamento para o emprego da reclamação como técnica processual apta para a tutela dos precedentes oriundos da corte interamericana de direitos humanos

Como foi visto ao longo dos capítulos segundo e terceiro do presente trabalho, diante da configuração atual da sociedade mundial, bem como diante do grau de importância que se confere hodiernamente aos direitos humanos, é imperioso o respeito integral às decisões prolatadas pelos tribunais internacionais de direitos humanos no âmbito do processo internacional de tutela de tais direitos.

Por outro lado, ao se falar da imperiosa observância integral de tais decisões, tem sido defendido neste trabalho que o respeito a tais decisões não pode e não deve se limitar apenas ao dispositivo desses julgados, devendo em verdade ser respeitada também a *ratio decidendi* contida nessas decisões, sendo tais razões de decidir, portanto, verdadeiros precedentes vinculantes.

Assim, tais julgados devem ser cumpridos não apenas pelo Estado parte que foi demandado no processo específico, mas por todos os Estados que fazem parte daquele sistema de proteção dos direitos humanos, sempre se lembrando que para os fins do presente trabalho, está se levando em consideração o sistema interamericano, focando-se, portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Porém, no momento em que se posiciona favorável à tutela dos precedentes da Corte Interamericana por meio da reclamação junto aos tribunais pátrios em face da subsidiariedade de que se reveste o processo internacional, surge a questão de como fundamentar o ajuizamento de tais reclamações se tais precedentes não foram formatados no âmbito dos tribunais pátrios, ou seja, como os tribunais pátrios poderiam tutelar um precedente que não fora criado por eles?

À guisa de exemplo da necessidade de se tutelar um determinado direito fundamental já a partir do momento em que se formou o precedente na órbita internacional, vide o caso do depositário infiel que muito antes do reconhecimento da ilegalidade de tal prisão ser feita pelos tribunais pátrios, já o era no sistema interamericano de tutela dos direitos humanos.

Neste diapasão, é preciso se ter em mente que o respeito a tais precedentes por intermédio dos tribunais pátrios deve vir acompanhado de um novo fundamento acerca da observância dos direitos humanos, eis que algumas vozes chegam a afirmar que o respeito integral a essas decisões internacionais seria uma afronta à soberania estatal, bem como consoante lembrado por Ramos (2013b, p. 363-366) também se apregoa que esse respeito em

muitos casos estaria limitado pelo entendimento já fixado internamente, haja vista que se entender de forma contrária nesse último caso, seria o mesmo de se conferir aos tribunais internacionais o *status* de uma quarta instância com a capacidade de se reformar o entendimento das mais altas cortes dos países.

Pois bem, no que pertine em específico à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, um primeiro aspecto a ser rechaçado é o de que suas condenações, com a consequente necessidade de se verificar o cumprimento do quanto ali decidido, violaria a soberania nacional.

Ora, conforme já ressaltado alhures, o conceito hodierno de soberania não pode ser encarado como dantes, devendo a soberania ser vista contemporaneamente como um poder que se impõe no âmbito interno, não de forma ilimitada, sendo que, no âmbito da sociedade internacional, a soberania deve ser entendida como a igualdade jurídica entre os Estados, conforme preconizado pelo art. 4º, V, da Constituição Federal.

Assim, deve-se ter em mente que o acatamento do que fora decidido pela Corte Interamericana não se caracteriza como sendo uma violação da soberania estatal na medida em que o Estado exerceu sua soberania justamente no momento de se engajar nos tratados de proteção aos direitos humanos, bem como no momento em que reconheceu a competência da jurisdição contenciosa da Corte.

Dessarte, há de se entender que o não acatamento dos atos emanados da Corte Interamericana é que se mostrará efetivamente contrário à soberania nacional, eis que, assim agindo, o Estado contrariará aquilo que fora por ele livremente estipulado, em uma verdadeira atitude que nega a boa-fé que deve reger todas as relações jurídicas, mostrando-se inconcebível que um país que diz se configurar como um Estado Democrático de Direito paute sua forma de agir em condutas dotadas de má-fé objetiva.

Ademais, também não se pode acatar o argumento de que a Corte Interamericana nesses casos funcionaria como uma quarta instância, que teria o condão de rever os atos da mais alta Corte do país sem que haja para tanto uma autorização do Texto Magno, eis que deve ser ressaltado o caráter subsidiário do processo internacional de direitos humanos.

Ora, tal argumento, que tem um tom de se rebelar contra possíveis desprestígios da Corte Interamericana para com a mais alta Corte do país não pode prosperar, devendo tal fenômeno ser visto, em verdade, sob a ótica da teoria do duplo controle.

Segundo Ramos (2013b, p.393-396), tal teoria consiste no fato de que na sociedade hodierna, calcada em um forte sentimento de reconhecimento e tutela aos direitos humanos, para que os atos estatais estejam conforme a tais direitos, não basta mais respeitar apenas e tão somente a Constituição.

De acordo com a teoria do duplo controle, para que os atos estatais sejam conforme aos direitos humanos, há sim uma necessidade de respeito à Constituição em um controle de constitucionalidade, sendo, para além disso, também exigido o respeito aos tratados internacionais de direitos humanos, em um autêntico controle de convencionalidade, o qual está a cargo não do Supremo Tribunal Federal, mas sim da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresentando-se esta, por conseguinte, no âmbito do sistema americano de proteção dos direitos humanos, como a guardiã e intérprete da Convenção Americana dos Direitos Humanos, tal qual o é o Supremo Tribunal Federal no plano interno no que pertine à Carta Magna. (RAMOS, 2013b, p.393-396).

Assim, entender o funcionamento e respeitar as decisões prolatadas pela Corte San José, é entender o complexo funcionamento hodierno das sociedades que, para além do plano interno dos Estados, tem uma dimensão internacional, não podendo os direitos humanos, portanto, terem a sua tutela adstrita apenas ao plano nacional, sendo imperioso que se crie entre os aplicadores do direito uma cultura de respeito às decisões da Corte Interamericana, dando-se integral cumprimento às decisões ali prolatadas, eis que agindo de forma contrária, estar-se-á confirmando que nada se aprendeu com os horrores impostos à humanidade por ocasião dos acontecimentos verificados durante a Segunda Grande Guerra Mundial.

Por fim, conforme se abordará no tópico 4.7, ver-se-á que essa necessidade de se criar uma cultura de precedentes pode vir a ser estimulada pelo emprego da reclamação de forma que nenhum outro instituto processual será capaz de fazer em face de uma nota que caracteriza a reclamação, qual seja, o seu caráter pedagógico.

4.6.2 A competência para a apreciação de reclamações que visam à tutela dos precedentes da corte interamericana de direitos humanos – uma distribuição das tarefas a partir da hierarquia dos tratados

Verificada a necessidade de se promover a tutela dos precedentes da Corte Interamericana no âmbito do direito interno brasileiro, foi observado acima que o instituto da reclamação teve a sua origem no ordenamento jurídico pátrio por intermédio de decisões judiciais ainda na década de 1940, sendo que ali os fundamentos foram a necessidade de se garantir a competência e as decisões judiciais (dispositivos das decisões) do Supremo Tribunal Federal.

Porém, posteriormente, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, ainda que em caráter transitório, passou a admitir no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a utilização da

reclamação com vistas a se garantir os entendimentos (precedentes) deste tribunal em face das decisões das Turmas Recursais Estaduais, as quais não contam com estruturação procedimental semelhante àquela prevista para os juizados especiais federais que em sua configuração conta com a Turma Nacional de Uniformização de cujas decisões cabe recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça, conforme já delineado acima.

Pois bem, diante de tal quadro, viu-se a necessidade de utilização da reclamação para se tutelar os precedentes oriundos da Corte Interamericana, eis que em face das características da universalidade e da superioridade normativa de que se revestem os direitos essenciais à pessoa humana, deixar tais precedentes desprotegidos fere o dever que tem os Estados na proteção (normativa, administrativa e judicial) dos direitos fundamentais, utilizando-se como fundamentação teórica para a utilização da reclamação com vistas à proteção dos precedentes da Corte de San José a teoria do duplo controle, consoante disposto no tópico anterior.

Dessarte, daí resulta o porquê da possibilidade da utilização da reclamação para os tribunais pátrios na tutela dos precedentes da Corte Interamericana, valendo-se para tanto, para além da teoria do duplo controle, da premissa básica que caracteriza o processo internacional dos direitos humanos, qual seja, a subsidiariedade deste em face da proteção nacional, daí resultando a razão por que a observância destes precedentes deve ser garantida primeiro nos tribunais pátrios, ainda devendo tudo isso ser visualizado a partir da necessidade de se prestar a tutela jurisdicional com a observância do postulado da duração razoável do processo.

Porém, diante de tal quadro, como a regra consiste em que a reclamação com vistas a se tutelar um determinado precedente seja fixar a competência no tribunal de onde emanou aquele precedente, como fazer no caso dos precedentes oriundos da Corte Interamericana, eis que diante da própria subsidiariedade do processo internacional vista acima, vedado se encontra o acesso imediato à Corte produtora do precedente a ser tutelado, no caso em questão a Corte de San José, surgindo a indagação de quem seria a competência no direito interno para apreciar as reclamações cujo fim seja a tutela de precedentes da Corte Interamericana?

Primeiro, a fim de se responder a tal questionamento, faz-se mister reconhecer que tal circunstância é de difícil assimilação por um motivo bem simples, o direito brasileiro, ao tentar positivizar um sistema de precedentes, o que foi feito/tentado por intermédio do Código de Processo Civil em vigor, esqueceu-se por completo do direito internacional dos direitos humanos e, por conseguinte, esqueceu-se por completo de decisões oriundas dos tribunais internacionais.

Assim, a verdade é que não se tem solução expressa dentro da ordem jurídica brasileira que se apresente de maneira excelente para esta situação, ao menos não por ora.

Porém, conforme já visto ao longo do presente trabalho, ao se entender que o exercício do direito de ação dentro do Estado Constitucional não pode se limitar a um ato de se protocolar a petição inicial, surgindo da própria fundamentalidade do direito de ação obrigações para o Estado, é dever do legislador, bem como do Poder Judiciário, a formatação de técnicas processuais que tenham aptidão de conferir efetividade aos direitos materiais a partir das características por estes apresentadas, daí o porquê desta busca por técnica processual a fim de se tutelar os precedentes da Corte de San José deve ser feita sob os valores da universalidade e da superioridade normativa dos direitos humanos, podendo o problema da competência ser solucionado a partir do próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no interior do ordenamento jurídico brasileiro.

Dessarte, conforme se viu no segundo capítulo deste trabalho, de acordo com o entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal, os tratados de direitos humanos internalizados com a observância do rito estabelecido no § 3º, do art. 5º, da Carta Magna, são equivalentes às emendas constitucionais, ao passo que os demais tratados de direitos humanos, inclusive aqueles incorporados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, são supralegais, isto é, apesar de apresentarem uma primazia sobre a legislação infraconstitucional, ainda assim se apresentam hierarquicamente inferiores à Constituição Federal.

Portanto, a partir dessa escala hierárquica, é possível extrair uma competência para o Supremo Tribunal Federal julgar reclamações com vistas à tutela de precedentes da Corte Interamericana em face de decisões ou atos que contrariem precedentes daquela instância internacional que versem sobre tratados que foram ou que venham a ser incorporados ao direito brasileiro com o *status* de emendas à Constituição Federal, cabendo às demais Cortes Supremas brasileiras o julgamento de reclamações em face de precedentes da Corte Interamericana que versem sobre tratados que foram ou que serão incorporados sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Acerca do conceito de Cortes Supremas utilizado no parágrafo anterior, há de se ter em vista que o mesmo foi empregado no sentido utilizado por Mitidiero e esboçado no tópico 3.7 do capítulo terceiro, cabendo aqui apenas lembrar que para tal entendimento os tribunais pátrios são divididos entre Cortes de Vértice, que podem ser Superiores ou Supremas, e Cortes de Justiça.

Às Cortes de Justiça cabe a justiça do caso concreto, mediante a prolação de uma decisão justa, ao passo que às Cortes de Vértice, tendo sido adotado o modelo de Corte Suprema, o que é sustendo neste trabalho, cabe a fixação do sentido final do direito a partir do texto,

podendo se depreender que de acordo com tal entendimento são consideradas como Cortes Supremas no direito brasileiro o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho, cada qual com a capacidade de definir o sentido do direito na sua esfera própria de competência.

A título de exemplo, reconhecendo-se o caráter de Corte Suprema do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de Corte Suprema aqui propugnado, Xavier (2016, p. 133-134) leciona que:

Conquanto ainda também não exista filtro qualitativo para o recurso de revista, no que diz respeito à tutela do direito objetivo a similitude das funções cometidas ao TST com aquelas exercidas pelo STJ é evidente. A única diferença é que ao primeiro incumbe a interpretação da legislação trabalhista e, ao segundo, a do direito comum federal.

Por fim, essa divisão de competências a partir do *status* hierárquico do tratado, aliada à distribuição de competências entre as Cortes Supremas a partir da matéria versada, tem o condão de militar contra uma cultura existente no direito brasileiro que se coloca a partir de um prisma de limitar as hipóteses de reclamações, até mesmo como um receio de se gerar uma enxurrada de reclamações nos tribunais, o que será melhor visto no tópico seguinte.

Assim, pode-se dizer que essa divisão de competências na apreciação dos precedentes da Corte Interamericana funciona como um argumento que milita em face de uma postura contrária que se estabelece no sentido de se limitar o uso de reclamações, tendo em vista que a partir do momento em que se percebe que a divisão de tarefas entre várias Cortes Supremas terá a vantagem de evitar a concentração de muitas reclamações em um único tribunal, gera-se, por via de consequência, uma salutar distribuição de tarefas.

4.7 Os problemas advindos com a possibilidade de ajuizamento de reclamações perante as cortes de vértice do poder judiciário para a tutela de precedentes da corte de San José

A utilização de uma nova situação apta a justificar a interposição de reclamações perante os tribunais de vértice do ordenamento jurídico brasileiro com vistas a tutelar os precedentes da Corte de San José não vem desacompanhada de obstáculos a serem superados, ainda que tais precedentes digam respeito à afirmação de direitos humanos, os quais, consoante se viu no segundo capítulo, são revestidos dos caracteres da universalidade e da superioridade normativa.

No presente tópico, nos subitens seguintes, pretende-se reconhecer dois desses problemas, bem como se proceder a algumas argumentações diante dos mesmos.

4.7.1 O caráter pedagógico da reclamação como meio de combate à cultura de limitação das hipóteses de cabimento da reclamação e como meio de implementação da cultura de respeito aos precedentes

Um primeiro aspecto a ser transposto diz respeito à superação de uma predisposição de se restringir a utilização do instituto da reclamação até mesmo por um possível congestionamento de feitos junto às instâncias de vértice do Poder Judiciário.

Tal temor pode ser depreendido de alguns fatores que são observáveis ao longo do tempo, podendo-se mencionar desde fatores oriundos de entendimentos firmados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como de alterações na própria legislação infraconstitucional ocorrida ainda antes da entrada em vigor do atual Código de Processo Civil.

Pois bem, no que pertine a entendimentos judiciais fixados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, há de ser mencionada a resistência que ocorreu naquela Corte quanto à adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

A transcendência dos motivos determinantes consiste na afirmação de que para além do dispositivo da decisão, as razões de decidir essenciais transcendem os limites da causa, passando a vincular a todos, gerando, portanto, efeitos para fora do processo em que foram delineadas.

Porém, tal teoria acabou por ser rechaçada por ocasião do julgamento da reclamação de número 3.014, sendo imperioso se destacar o porquê da rejeição de tal tese jurídica, isto é, deve ser analisado se a rejeição à teoria da transcendência dos motivos determinantes se deu por razões de cunho jurídico ou político.

Acerca da negativa à teoria da transcendência dos motivos determinantes na reclamação mencionada no parágrafo anterior, Xavier (2016, p. 56) afirma, a partir da análise dos debates dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que, por ocasião da reclamação de número 3.014, pode-se depreender que tal rejeição se deu por questões eminentemente políticas, isto é, por questões de política judiciária, em detrimento, portanto, da técnica jurídica, tudo em face do receio do ajuizamento de um grande número de reclamações por pessoas não abrangidas pelo dispositivo da decisão.

Assim, de acordo com as palavras de Xavier (2016, p. 59-60), observa-se que:

Assim, posto que a maioria não tenha deixado claro se admitia o exercício de controle incidental de constitucionalidade em reclamação, a prática posterior do Supremo, de simplesmente negar conhecimento a uma série afirmando que a Corte rejeitou, na Rcl 3.014, a teoria da transcendência dos motivos determinantes, acaba por demonstrar

que não se emprestou maior efetividade à nova tese formulada pelo Min. Gilmar Mendes. O motivo, reitera-se, é claramente de *política judiciária*. (grifos do autor).

Demonstrado o receio de se reconhecer judicialmente teses jurídicas que possam ter como consequência o aumento do número de ajuizamento de reclamações, também pode se verificar que tal receio transparece na atividade desempenhada pelo Poder Legislativo, sendo que à guisa de exemplo se pode mencionar as alterações promovidas no Código de Processo Civil de 2015 por intermédio da Lei nº 13.256 (BRASIL, 2016), sendo que quanto a esta alteração, não deixa de chamar a atenção o fato de que a aludida lei promoveu modificações no Código de Processo Civil antes mesmo de sua entrada em vigor.

Para os fins que interessam especificamente ao presente tópico, a mudança legislativa que importa diz respeito à modificação trazida ao § 5º, do art. 988¹⁰, do Código de Processo Civil, sendo que tal alteração consistiu em transformar o parágrafo único no inciso primeiro, tendo sido introduzido o inciso II, o qual dispôs que “é inadmissível a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.

Esse inciso II, acrescido ao § 5º, do art. 988, do Código de Processo Civil de 2015, muito provavelmente tem a mesma linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal adotado na reclamação de número 3.014, isto é, de restringir o ajuizamento de reclamações junto às Cortes de Vértice por questões de política judiciária a fim de evitar uma possível enxurrada de reclamações.

¹⁰Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

§ 2º A reclamação deverá ser instruída com prova documental e dirigida ao presidente do tribunal.

§ 3º Assim que recebida, a reclamação será autuada e distribuída ao relator do processo principal, sempre que possível.

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

§ 5º É inadmissível a reclamação:

I – proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

§ 6º A inadmissibilidade ou o julgamento do recurso interposto contra a decisão proferida pelo órgão reclamado não prejudica a reclamação.

Em sentido semelhante, a demonstrar que essas alterações promovidas no § 5º, do art. 988, deu-se por questões de políticas judiciárias, Azevedo (2018, p. 182) leciona que:

Tal requisito de admissibilidade é fruto de uma opção política judiciária com vistas a evitar o afogamento das Cortes Superiores em reclamações constitucionais *per saltum*, isto é, contra decisões proferidas em primeira instância ou, ainda que em segunda instância, sem terem sido combatidas pelas vias comuns. Assim, o acesso ao STF e ao STJ, com fundamento no inciso IV, do art. 988, exige prévio *esgotamento das instâncias ordinárias*, mediante os recursos cabíveis (CPC, art. 988, § 5º, II). (grifos do autor).

Dessarte, verificada uma prévia barreira, seja por entendimentos judiciais ou em razão de textos de lei, em se aceitar novas hipóteses de reclamações para as Cortes de Vértice, a fim de se evitar um possível aumento no número de reclamações ajuizadas, faz-se mister indagar se, ao se ajuizar uma reclamação, esta contém alguma característica que possa servir de contra medida a esse possível aumento no número de reclamações.

Neste diapasão, não se pode perder de vista que o processo no Brasil tem uma cultura bastante centrada na litigiosidade, motivo por que o Código de Processo Civil de 2015 contou com inúmeros dispositivos voltados ao diálogo, apresentando-se os precedentes como instrumentos de pacificação na medida em que restarão preservados por um sistema de precedentes valores caros ao Estado Constitucional, como a liberdade, igualdade, segurança jurídica, dentre outros.

Portanto, a implantação de uma cultura de precedentes tem o condão de diminuir a litigiosidade dos processos diante da prévia cognoscibilidade do direito aplicável, diminuindo-se, portanto, o número de feitos distribuídos ao Poder Judiciário.

Dessarte, sobre a superação desta possível predisposição existente no Brasil de se limitar as hipóteses de cabimento da reclamação por questões de política judiciária, é preciso antes de mais nada se ter em mente que o Código de Processo Civil, ao positivar um sistema de precedentes, em verdade não trouxe nada de novo.

A possibilidade, até mesmo a necessidade, de se trabalhar com precedentes decorre da própria natureza que o direito adquire com os impactos trazidos pelo advento do Estado Constitucional e que foram vistos no capítulo terceiro, principalmente o impacto ocorrido na teoria da interpretação, acabando com a visão de que a interpretação seria uma atividade meramente cognitivista.

Portanto, tendo em vista que os precedentes ajudam a diminuir a litigiosidade na medida em que promove a cognoscibilidade do direito, restringir as hipóteses de reclamação que visam à tutela desses precedentes chega a ser contraditório diante de um Código que estimula a diminuição desta litigiosidade.

Assim, pode-se dizer que a necessidade de se trabalhar com um sistema de precedentes não decorre do advento do Código de Processo Civil de 2015, mas sim da forma como atualmente se apresenta o direito, sendo os ensinamentos de Mitidiero (2017b, p. 68) no sentido de que:

Em outras palavras, é chegada a hora de repensar os conceitos tradicionais de lei, jurisprudência e súmula e de trabalhar criticamente o conceito de precedente judicial no cenário brasileiro. *Ao contrário do que se poderia supor, porém, essa contingência não tem relação direta com o novo Código de Processo Civil.* Na verdade, o novo Código apenas torna mais saliente essa necessidade. A verdadeira razão pela qual é imprescindível outorgar nova configuração à relação entre a lei, a doutrina e a jurisprudência, reorganizar a administração judiciária e introduzir adequadamente a figura do precedente judicial no Brasil está no reconhecimento do caráter mitológico do cognitivismo interpretativo e no reconhecimento da dupla indeterminação do direito. *Essa é a efetiva razão pela qual a interpretação judicial do direito deve importar como direito vigente e cujas razões devem ser tomadas como normas dotadas de vinculatividade para toda a sociedade civil e para todas as instâncias do Estado Constitucional.* (grifos do autor).

Como se pode perceber, é preciso uma mudança de ordem cultural no pensamento jurídico brasileiro a fim de se trabalhar com os precedentes e, por via de consequência, com a reclamação, dada a nova finalidade desta trazida pelo Código de Processo Civil com vistas a tutelar a autoridade dos precedentes.

Assim, a fim de demonstrar a influência de valores culturais na forma como se verifica a prestação da tutela jurisdicional, Marinoni (2016b, p. 78-94) elenca, dentre outras, o patrimonialismo na formação cultural brasileira, a cultura do personalismo, falta de coesão social, a fraqueza das instituições e a aderência ao velho dogma de que o juiz é subordinado apenas à lei como razões fortes para se opor a um sistema de precedentes.

Porém, remodelados os valores culturais que fundamentam o Estado, deve-se proceder à remodelação dos institutos processuais, sendo que, diante da imperiosidade de um sistema de precedentes pelas razões já elencadas ao longo do presente trabalho, todos os institutos que gravitam em torno dos precedentes devem a partir daí serem (re)pensados.

Esse necessário ato de se (re)pensar os institutos processuais a partir da necessidade de se trabalhar com um sistema de precedentes atinge, por óbvio, a reclamação, eis que essa passou a ser o meio de tutela dos precedentes escolhidos pelo legislador.

Acerca dessa ligação entre reclamação e garantia da autoridade dos precedente, deve ser destacado que apesar de a reclamação poder não ser vista como o meio natural de tutela dos precedentes, isto é, pode-se ter um sistema de precedentes sem uma ação específica que garanta a autoridade dos precedentes, é preciso se ter em mente que no caso brasileiro foi uma opção do legislador trazer a reclamação como meio de garantia da vinculatividade dos precedentes, não devendo se restringir as hipóteses de cabimento da reclamação para os fins de tutela dos

precedentes àquelas situações indicadas no art. 988 e àquelas decisões mencionadas no art. 927, ambos do Código de Processo Civil. (MITIDIERO, 2017b, p. 97-98).

Portanto, para além de uma alteração legislativa de introdução de um sistema de precedentes, é preciso criar uma cultura de respeito aos mesmos, eis que segundo as lições de Silva (2014, p. 41) “Muitas vezes a prática jurisprudencial se mostra refratária a mudanças e se mantém presa a paradigmas superados não somente pela constituição, mas também pela legislação ordinária diretamente aplicável ao caso.”

Ora, diante desta necessidade de se criar uma cultura de respeito aos precedentes, a reclamação conta com um efeito jurídico que lhe é próprio e que pode em muito contribuir para a implantação desta cultura de respeito aos entendimentos judiciais, qual seja, o efeito consistente no caráter pedagógico da reclamação, daí o porquê o uso da reclamação com tal finalidade deve ser estimulado e não restringido.

Acerca deste caráter da reclamação, Azevedo (2018, p. 89) leciona que:

Convém registrar o *caráter pedagógico* da reclamação. O julgamento não opera o efeito substitutivo. A reclamação cassa a decisão para que o órgão reclamado profira nova decisão, dessa vez respeitando o precedente tido por violado. Aí reside o caráter pedagógico da reclamação. O órgão reclamado é forçado a obedecer – ele próprio – à autoridade do precedente. Não recebe simplesmente uma decisão substituindo a sua; o órgão reclamado tem a sua decisão cassada, sendo obrigado a proferir outra decisão, em respeito ao precedente. Essa obrigação de proferir nova decisão caracteriza o *caráter pedagógico* da reclamação. Ao cabo, esse caráter pedagógico contribui para criar a cultura de respeito aos precedentes. (grifos do autor).

Conforme visto acima, a reclamação tem a natureza jurídica de ação, apartando-se, por conseguinte, de outras técnicas processuais, sendo que a reclamação, por apresentar essa natureza jurídica de ação processual de índole constitucional com vistas à garantia da competência e das decisões dos tribunais, e, agora também, a autoridade dos precedentes, traz como consequência, dentre outras, esse caráter pedagógico.

Apenas a título de exemplo, imagine-se uma reclamação em face de uma decisão judicial que fora prolatada sem a devida observância a uma decisão judicial de uma Corte ou de um precedente. Se à reclamação fosse conferida a natureza jurídica de recurso, aquela apresentaria o efeito substitutivo, isto é, uma vez anulada ou reformada uma decisão judicial em sede de reclamação, a decisão objeto da reclamação deixaria de existir no mundo jurídico, sendo substituída pela decisão prolatada na reclamação.

Porém, como a reclamação não apresenta natureza recursal, uma vez a reclamação sendo julgada procedente, não há que se falar em substituição da decisão objeto da reclamação, sendo tal decisão apenas cassada (retirada) do mundo jurídico, devolvendo-se os autos para o

órgão judicial que violou a decisão do tribunal ou descumpriu um determinado precedente, para que este prolate uma nova decisão, desta feita com a observância da decisão ou do precedente, o que, por óbvio, contribui para a cultura de respeito aos precedentes na medida em que o órgão judicial que prolatou o *decisium* em desacordo com o precedente, deverá prolatar uma nova decisão com a observância daquele precedente.

Dessarte, se em um primeiro momento se tem a possibilidade de um aumento no número de reclamações ajuizadas com vistas a se tutelar a autoridade dos precedentes, o que será acentuado se se permitir o ajuizamento no direito brasileiro de reclamações para a tutela dos precedentes da Corte Interamericana, com o passar do tempo existirá uma possível tendência de redução do número de ajuizamento de reclamações em face da implantação da cultura de respeito aos precedentes, a qual é incentivada pelo ajuizamento de reclamações justamente em face do caráter pedagógico de que se reveste esta técnica processual, o que não acontece com os recursos, por exemplo.

Ademais, também não se pode deixar de mencionar que a tentativa de se limitar o número de reclamações com vistas a se ter uma política judiciária de contenção do número de demandas junto às Cortes de Vértice não deixa de ser até certo ponto desprovida de efeito.

Tal afirmação se dá em razão do fato de que as partes, ao serem impedidas de chegarem às Cortes de Vértice por meio das reclamações, poderão chegar por intermédio dos recursos, ainda mais se for considerado a visão que ainda se tem tradicionalmente das Cortes de Vértice como Cortes Superiores e não como Cortes Supremas, o que tem, dentre inúmeras consequências, o fato de se encarar os recursos às Cortes de Vértice como um direito da parte.

Sobre essa visão do recurso às Cortes mais altas do ordenamento jurídico como sendo um direito da parte em razão de se ver aqueles tribunais como Cortes Superiores e não como Cortes Supremas, Mitidiero (2017a, p. 17-18) arremata que:

O primeiro modelo parte de uma perspectiva *cognitivista* ou *formalista* da interpretação jurídica e encara a corte de vértice como uma *corte de controle da legalidade das decisões recorridas*, que se vale da sua *jurisprudência* como um simples *parâmetro para aferição de erros e acertos* cometidos pelos órgãos jurisdicionais das instâncias ordinárias na decisão dos casos a ele submetidos. A atividade da corte é *reativa* e preocupa-se com o *passado*. O recurso dirigido pela parte à corte é fundado no *jus litigatoris* e essa tem *pouca autonomia* para gerir a sua própria atividade. A interpretação do Direito aí é apenas um *meio* para viabilização do *fim* controle da decisão recorrida. No modelo de Cortes Superiores a *uniformização da jurisprudência* tem um papel meramente instrumental, de modo que o *desrespeito* à interpretação ofertada pela corte de vértice pelos juízes que compõem as instâncias ordinárias é visto como algo *natural* e em certa medida até mesmo *desejável* dentro do sistema jurídico. O segundo modelo parte de uma perspectiva *cética* ou *antiformalista* da interpretação jurídica, notadamente na sua versão *lógico-argumentativa*, e encara a corte de vértice como uma *corte de adequada interpretação do Direito*, que se vale dos seus *precedentes* como um meio para *orientação* da

sociedade civil e da comunidade jurídica a respeito do *significado* que deve ser atribuído aos enunciados legislativos. A atividade da corte é *proativa* e encontra-se endereçada para o *futuro*. O recurso dirigido pela parte à corte visa a viabilizar a tutela do *jus constitutionis* e a corte dispõe de *ampla autonomia* para gerir a sua própria agenda. A corte *autogoverna-se*. A interpretação do Direito é o fim da corte de vértice, sendo o caso concreto apenas o *meio* a partir do qual a corte pode desempenhar a sua função. No modelo de Cortes Supremas, a *formação do precedente* tem um papel central, de modo que a *violação* à interpretação ofertada pela corte de vértice pelos juízes que compõem a própria corte e por aqueles que se encontram nas instâncias ordinárias é vista como uma *grave falta institucional* que *não pode ser tolerada* dentro do sistema jurídico. (grifos do autor).

A fim de corroborar a ideia de que a não aceitação de reclamações por questões atreladas a políticas judiciárias pode não ter o efeito esperado de se diminuir os trabalhos nas Cortes de Vértices, , mencione-se o estudo feito por Rodrigues Filho (2017, p. 169-170), onde se afirma que o Supremo Tribunal Federal, ao atuar como corte recursal, em um levantamento feito no ano de 2016, considerando-se o período compreendido entre 2013 e 2014, verificou-se que cerca de 80 % dos feitos ali distribuídos foram para os fins de o Supremo Tribunal Federal atuar na qualidade de corte recursal, isto é, corte com funções de resolução de casos concretos de decisões proferidas pelas demais instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

Portanto, pode-se observar que ao invés de se ter muitas reclamações, ter-se-á muitos recursos, ainda mais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o qual ainda não conta com um filtro recursal como a repercussão geral, devendo sempre ser lembrado que esses inúmeros recursos que virão a ser interpostos não contarão com o caráter pedagógico que é ínsito à reclamação e que conforme já visto acima tem em muito a contribuir para a implantação de uma cultura de respeito aos precedentes.

Em sentido semelhante, Azevedo (2018, p. 89) se posiciona pela importância do cabimento de reclamações para a tutela dos precedentes ao dispor que:

Não se pode ter medo de que a resistência aos precedentes gere muitas reclamações. É exatamente a sua função. Na verdade, deve-se congratular que haja a previsão legal do cabimento de reclamação, diante do temor de resistência aos precedentes, pois há um meio adequado de quebrar essa resistência, que – por vezes – as vias recursais não são suficientes.

Assim, há que se ter em mente que a reclamação como meio de tutela dos precedentes, apesar de poder provocar um aumento nas demandas em um primeiro momento, pode ser o veículo de implantação desta necessária cultura de respeito aos precedentes, diminuindo-se no futuro o número de demandas junto ao Poder Judiciário, o que compensará no futuro eventual aumento inicial de demandas.

4.7.2 A reclamação como instrumento de provocação do diálogo entre as cortes

A possibilidade de utilização de reclamações junto às Cortes de Vértices do Poder Judiciário para se tentar promover a tutela de precedentes oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode apresentar um outro problema alusivo à questão de que a reclamação se apresenta como um meio que, além de promover a tutela dos precedentes, também promove a sua (re)interpretação, daí o porquê as reclamações para a tutela dos precedentes serem ajuizadas nas cortes produtoras do precedente que teria sido supostamente descumprido.

Quanto à função de uma (re)leitura dos precedentes por intermédio do ajuizamento de reclamações, Azevedo (2018, p. 88) leciona que:

Insista-se num ponto. Não haverá reclamações tão somente se houver resistência em observar o precedente obrigatório. Ainda que os precedentes obrigatórios sejam observados, é admissível a reclamação por erro na aplicação. Se houve, ou não, erro na aplicação, é uma questão de mérito que levará à improcedência ou à procedência, conforme o caso.

Dessarte, reconhece-se que ao se propor a possibilidade de ajuizamento de reclamações perante os tribunais de vértice pátrio com vistas a se promover a tutela dos precedentes da Corte Interamericana, passa-se a ter que enfrentar o problema consistente na suposta impossibilidade de uma (re)leitura desses precedentes por parte dos tribunais pátrios na medida em que estes não foram os responsáveis pela elaboração do entendimento que se visa a tutelar, tendo-se uma dificuldade, portanto, até mesmo na busca por uma interpretação autêntica destes precedentes.

A fim de se superar tal dificuldade, deve-se ter em mente que a internacionalização dos direitos humanos se deu em uma dimensão quantitativa e em outra dimensão qualitativa, sendo que a dimensão quantitativa está atrelada ao grande número de tratados em que o Estado brasileiro passou a fazer parte nos últimos anos, ao passo que a dimensão qualitativa diz respeito ao grande número de mecanismos internacionais de controle daqueles tratados a que o Brasil também se submeteu ultimamente. (RAMOS, 2012, p. 500-503).

A intensidade com que ocorre essa internacionalização dos direitos humanos nas duas dimensões acima indicadas tem o condão de propiciar tanto movimentos de aproximação entre as ordens estatal e internacional, quanto movimentos de afastamento entre tais ordens. (RAMOS, 2012, p. 505).

Como movimentos de aproximação entre as ordens jurídicas estatal e internacional se pode mencionar a abertura dos ordenamentos internos pelas fontes internacionais; o reconhecimento do bloco de constitucionalidade composto por normas internacionais que

possuem hierarquia constitucional; o uso retórico e argumentativo da *ratio decidendi* internacional para fundamentar a decisão nacional; e o uso de leis e decisões nacionais para influenciar a redação e a interpretação do direito internacional. (RAMOS, 2012, p. 505-510).

Os movimentos de afastamento entre as ordens jurídicas estatal e internacional, por sua vez, podem consistir em se verificar os tratados internacionais nacionais, isto é, tratados internacionais com interpretações nacionais que negam a interpretação fixada por mecanismos internacionais; a decisão judicial interna que invalida tratados internacionais sem promover a modulação temporal dos efeitos a fim de que a retirada de tal tratado do mundo jurídico coincida nos planos interno e internacional; e, por último, também como movimento de afastamento, tem-se o descumprimento de decisões internacionais por ordem judicial interna. (RAMOS, 2012, p. 511-513).

Portanto, vê-se que esse processo de intensa internacionalização dos direitos humanos apresenta esses problemas de afastamento (dissonâncias) entre as ordens estatal e internacional, sendo que o movimento consistente na interpretação nacional do tratado pode ocorrer no que tange aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos não apenas em um contexto de negativa expressa, mas também nos contextos de uma interpretação destoante daquela fixada pela Corte Internacional.

Porém, mesmo diante da dificuldade de se obter a (re)interpretação dos precedentes de direitos humanos formatados pela Corte de San José, dificuldade essa existente ao se visualizar o ajuizamento de reclamações perante os tribunais pátrios para a tutela daqueles precedentes, ainda assim, não se pode perder de vista que o ajuizamento de tais reclamações apresenta duas vantagens.

A primeira delas é que, apesar desta dificuldade apontada acima, há que se ter em mente que esses tribunais não vivem em uma situação de completo isolamento.

Pelo contrário, existe a possibilidade, podendo-se falar em uma verdadeira necessidade, de um diálogo entre esses tribunais a fim de se assentar a melhor interpretação para a tutela dos direitos humanos, podendo-se valer para tanto, a fim de se produzir tal comunicação entre as cortes, daquilo a que Ramos (2012, p. 514) confere o nome de fertilização cruzada.

Por outro lado, faz-se mister que tal diálogo seja efetivo, não podendo recair em uma mera retórica, daí o porquê de tal conversação entre as cortes ter que ser balizada por critérios, com vistas a se aferir acerca da efetividade do diálogo travado, tendo Ramos (2012, p. 515), quanto a tais critérios, asseverado que:

Nesse sentido, sugerimos os seguintes parâmetros: 1) menção à existência de

dispositivos internacionais convencionais ou extraconvencionais vinculantes ao Brasil sobre o tema; 2) menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal nacional; 3) menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais aptos a emitir decisões vinculantes ao Brasil; 4) peso dados aos dispositivos e à jurisprudência internacionais.

Ademais, quanto a este diálogo, há que se ter em mente que, por óbvio, as cortes de vértice nacionais não se vinculam de forma absoluta aos entendimentos das instâncias internacionais, podendo se afastar do precedente internacional, com a possibilidade, inclusive, de se adotar uma interpretação nacional.

Assim, não se pode perder de vista que se ter um sistema de precedentes não significa a sua aplicação automática, daí o porquê da existência de institutos como o *distinguish* em um sistema de precedentes, podendo a teoria da margem de apreciação nacional, desenvolvida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, servir de base teórica para essa diferenciação, mas sempre se tendo em mente que quando as cortes de vértice nacional tiverem a pretensão de se afastarem dos precedentes da Corte de San José, estes funcionarão como ônus argumentativo contra a fundamentação das decisões das cortes nacionais.

Por fim, como segunda vantagem apresentada pelo cabimento das reclamações junto às cortes de vértice do sistema judiciário brasileiro para a tutela dos precedentes da Corte Interamericana, tem-se o fato de que, diante da possibilidade de as cortes nacionais se afastarem desses precedentes, como referido acima, ter-se-á uma rápida decisão da última instância, no caso do Supremo Tribunal Federal, ou quase da última instância, no caso das demais cortes de vértice, abreviando-se, portanto, o tempo de duração da prestação jurisdicional junto ao Poder Judiciário pátrio, o que abre a possibilidade de a parte poder, a partir daí, demandar o Estado brasileiro junto ao sistema da Convenção Americana de Direitos Humanos, cumprindo-se desta forma com o postulado da subsidiariedade do processo internacional, bem como também se terá por cumprido o postulado da duração razoável do processo, devendo sempre ser levado em consideração que não se mostra proporcional a sujeição da parte ao longo percurso de um processo tradicional no âmbito interno, passando-se por diversas instâncias, sendo em que em favor da parte existe um precedente da Corte Interamericana, o qual, muito provavelmente, já foi fruto de um longo debate no transcorrer de um processo internacional.

5 CONCLUSÕES

Os direitos humanos assumem a cada dia uma maior posição de destaque nas discussões jurídicas, sendo que em muitas das vezes esse discurso fica limitado à positivação dos aludidos direitos, sem que os mesmos encontrem mecanismos capazes de promover uma estruturação no processo que tenha o condão de efetivar esses direitos de forma expedita, direitos que se apresentam como essenciais na concretização de uma vida digna.

Ademais, como se viu ao longo do presente trabalho, nessa busca de efetivação dos direitos fundamentais, um especial destaque há de ser conferido aos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, com um maior destaque ainda devendo ser conferido à Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso brasileiro.

Por outro lado, também se viu que o processo judicial não mais pode ser pensado em uma dimensão equivalente à época do Estado legislativo, onde imperava o dogma da supremacia do legislador, sendo que a lei seria suficiente para os fins de garantir valores essenciais à vida em sociedade, tais quais, igualdade, segurança jurídica, liberdade, dentre outros, oportunidade em que o julgador era visto apenas e tão somente como a boca da lei.

Com o advento do Estado Constitucional, três grandes transformações ocorreram na compreensão do direito, quais sejam, a reformulação da teoria das normas que, para além das regras, também incorporou outras espécie, os princípios e os postulados; a mudança ocorrida na técnica redacional legislativa, que cada vez mais passa a se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais; bem como a mudança ocorrida no campo da teoria da interpretação, eis que a atividade interpretativa, que era vista como algo apenas e tão somente cognoscitivo, adquire uma feição de uma atividade que também se caracteriza por ser adscritiva de sentido, portanto, também atributiva de sentido ao direito.

O objeto da interpretação deixa de ser a norma e passa a ser o texto, sendo que da interação entre texto e interpretação é que surge a noção de norma.

Ora, é dessa concepção que surge uma maior discricionariedade do julgador, a qual deve ser submetida a mecanismos de racionalização da atividade decisória, daí o porquê da necessidade de o Código de Processo Civil de 2015 ter instituído um sistema de precedentes, com vistas a se promover o resgate de valores que se apresentam caros ao Estado Democrático de Direito, tais quais, a isonomia, a segurança jurídica, dentre outros.

Por outro lado, tendo em vista o advento do Estado Constitucional, é chegada a hora de se (re)pensar a estruturação do processo judicial, eis que em um Estado que se caracteriza como sendo um Estado Democrático, não há como se conceber um processo que se resuma a

afirmar o direito, daí o porquê o conceito de tutela do direito ganha um extremo relevo na medida em que as tutelas não são extraíveis do plano processual, e sim se apresentam como promessas oriundas do plano do direito material, devendo o processo no Estado Constitucional ser (re)estruturado com vistas a se concretizar o direito material posto em causa com as promessas por este elaboradas.

Portanto, partindo desses dois pressupostos, a importância da Corte Interamericana na tutela dos direitos humanos no continente americano, bem como diante de um sistema de precedentes instituído pelo novel Código de Processo Civil, objetivou-se neste trabalho deixar evidente que o rol do artigo 927 daquele Código não há que ser tomado como sendo um rol taxativo, eis que os precedentes são uma decorrência das mudanças trazidas ao próprio direito pelo advento do Estado Constitucional, principalmente aquela ocorrida no campo da teoria da interpretação, e, diante da mera natureza exemplificativa do aludido artigo, tentou-se deixar evidenciado que as decisões da Corte de San José devem ser tomadas como precedentes obrigatórios para o Estado brasileiro.

Por fim, como visto no quarto capítulo, diante da natureza precedental que há de ser conferida às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conjugada com as características da universalidade e da superioridade normativa daqueles direitos mais essenciais ao ser humano, e também tendo em conta a necessária (re)leitura do processo no Estado Constitucional, buscou-se encontrar um mecanismo processual existente no direito brasileiro que tenha o condão de promover a efetividade dos precedentes da Corte Interamericana.

Assim, foi possível visualizar como mecanismo processual com tendência potencial para tanto a reclamação por três motivos básicos, quais sejam, em primeiro lugar porque foi o meio processual escolhido pelo legislador do Código de Processo Civil em vigor com vistas a se garantir alguns dos precedentes por ele expressamente indicados; em segundo, apresenta a vantagem de poder ser utilizado por qualquer pessoa; e, por fim, diante do caráter pedagógico de tal instrumento processual, verifica-se que o mesmo terá o condão de implantar no direito brasileiro a tão necessária cultura de respeito aos precedentes que deve guiar a todos que atuam com o direito hodiernamente.

Portanto, diante da importância conferida na atualidade ao conjunto dos direitos humanos, é chegada a hora de tais direitos serem efetivados, não ficando os mesmos como meras palavras de um discurso retórico, daí o porquê de a busca por um instrumento processual que efetive os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos ser uma medida necessária que se apresenta para que aqueles direitos possam ser efetivamente usufruídos por seus titulares.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tir. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ARGENTINA. Suprema Corte de Justiça da República da Argentina. **Sentença declarando inconstitucionais as leis de Obediência Devida e Punto Final**. Sentença nº 1767. XXXVIII. Causa n. 17.768, de 14 de junho de 2005, parágrafo 14. Disponível em: http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/juicios/argentin/ctesupr_20050614b.htm. Acesso em: 12 jan. 2019.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça**. São Paulo: LTr, 2017.

AZEVEDO, Gustavo. **Reclamação constitucional no direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. impr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: Unesp, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 13. reimp. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07 abr. 2019

BRASIL. Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126,

127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 de dezembro de 2004. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 de outubro de 1966. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de janeiro de 1973. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 de dezembro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. 2001a. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de julho de 2001. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. 2001b. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil, referentes a recursos e reexame necessários. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 de dezembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10352.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 de dezembro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.418, de 19 dezembro de 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.672, de 08 de maio de 2008. Acresce o artigo 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 de maio de 2008. 2008a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o

processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 de julho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13015.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília-DF, 05 de fevereiro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13256.htm. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212 ADI/CE. Ceará. Requerente: Governador do Estado do Ceará. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento: Brasília, DF, 02 de outubro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 14 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=375353&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%202212>. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343/SP. São Paulo. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Rel. Min. Cezar Peluzo. Julgamento: Brasília, DF, 03 de dezembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, Divulgado em 04 de junho de 2009 e publicado em 05 de junho de 2009. 2008b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=595444&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20466343>. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004/SE. Sergipe. Recorrente: Belmiro da Silveira Gois. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento: Brasília, DF, 01 de junho de 1977. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 29 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=175365&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%2080004>. Acesso em: 07 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 571.572 ED/BA. Bahia. (Embargos de Declaração) Embargante: Telemar Norte Leste S/A. Embargado: Albérico Sampaio do Lago Pedreira. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento: Brasília, DF, 26 de agosto de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, Divulgado em 26 de novembro de 2009 e publicado em 27 de novembro de 2009. 2009b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=606378&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20571572%20-%20ED>. Acesso em: 07 abr. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. São Paulo: Atlas, 2017.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAZETTA, Ubiratan. **Direitos humanos e federalismo: o incidente de deslocamento de competência**. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção europeia de direitos humanos**. Assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&lID=4>. Acesso em: 06 jan. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série c. nº. 154. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es. Acesso em: 12 jan. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Outros tratados objeto da função consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)**. Opinião Consultiva OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Serie A No. 1. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es. Acesso em: 12 jan. 2019

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e garantías: La ley del más débil**. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Trotta, 2004.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GALINDO, Bruno. **A teoria intercultural da constituição: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na união europeia e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

JÚNIOR DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 2.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. 4. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, José Roberto Lino. **Os direitos humanos fundamentais na obra de J. Maritain**. 2012. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia de São Bento, São Paulo, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia e operacionalidade**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b. v. 2

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativas do novo CPC**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 5. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral: uma visão nova da ordem cristã**. Tradução: Afranio Coutinho. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional, 1945.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o estado**. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editôra, 1956.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O Brasil e o direito internacional público. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (coord.). **O Brasil e o direito internacional público**. Lisboa: Cedis, 2018, p. 47-80.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, v. 15, n. 03, p. 9-52, julho-setembro, 2016. Disponível em: <http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>. Acesso em: 18 dez. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos**. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, DF. v. 4. n. 11, p. 23-26. 2000. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/344/546>. Acesso em: 09 jul. 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

MOTA, Otávio Verdi. **Justificação da decisão judicial**: a elaboração da motivação e a formação de precedentes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, São José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm. Acesso em: 09 jul. 2018.

ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena. Proclamada na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**. Proclamada em 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2018.

ONU. **Proclamação de Teerã**. Proclamada na Conferência Internacional de Direitos Humanos em 1968. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%Aancias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>. Acesso em: 09 jul. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 497-524, 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955/70563>. Acesso em: 06 jan. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013b.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013a.

RODRIGUES FILHO, José Marcos Vieira. Tribunal de teses *versus* tribunal de casos concretos: qual é o perfil decisório do STF no julgamento de recursos extraordinários? *In*: LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio; NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). **Crises dos poderes da república**: judiciário, legislativo e executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 169-193.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana no estado

democrático de direito. *In*: DE MOURA, Lenice S. Moreira (org). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: uma homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução: Maria Ermantina Alemeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. 2. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: DelRey Editora, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. *In*: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Funag, 2007, p. 207-321.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os tribunais internacionais e a realização da justiça**. 2. ed. Belo Horizonte; DelRey Editora, 2017.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. **Reclamação constitucional e precedentes**: contribuições a um olhar crítico sobre o novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.